

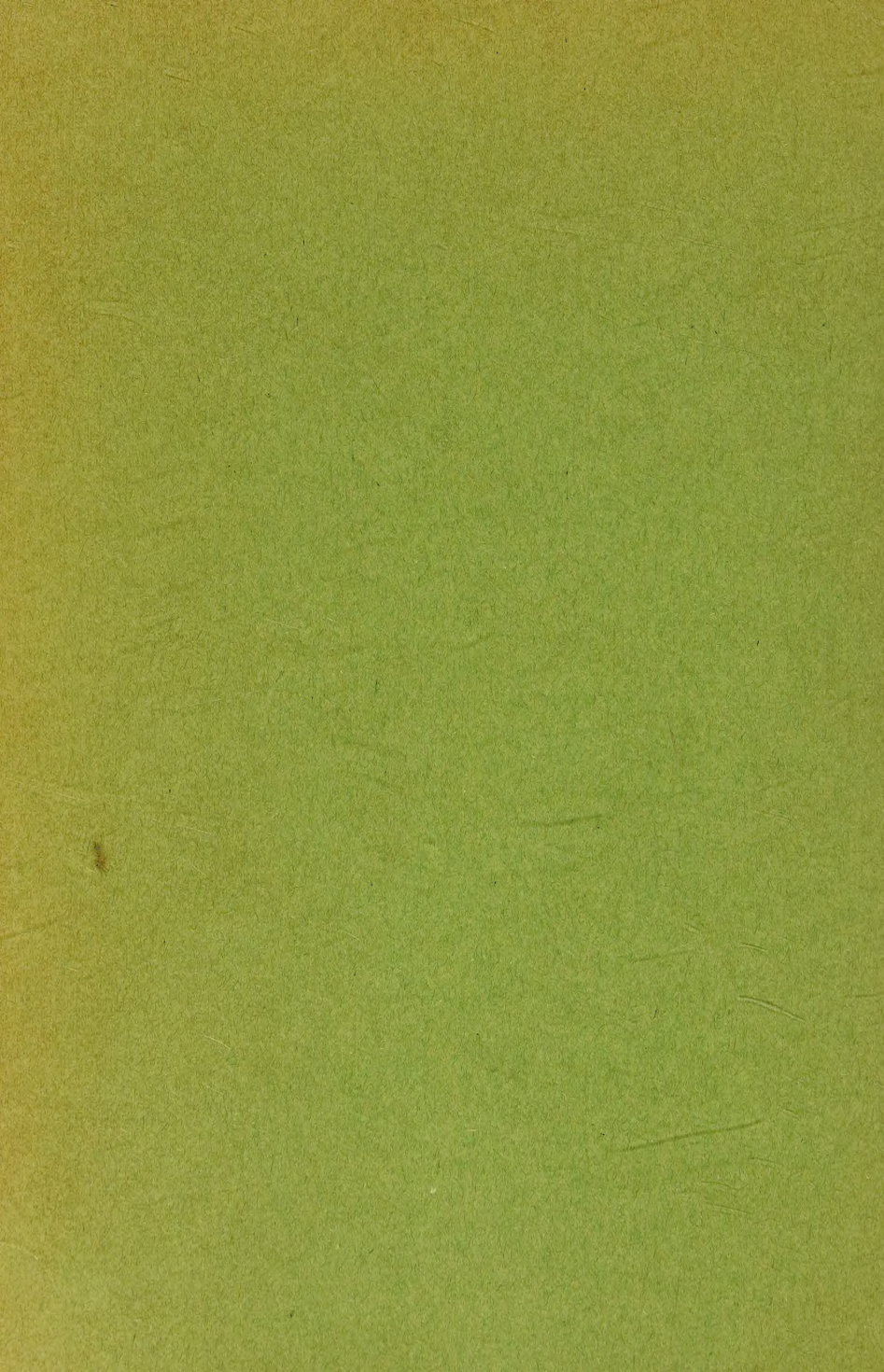
DEPOTGESCHÄFT UND EFFEKTENKOMMISSION
NACH FRANZÖSISCHEM RECHT

Dissertation
zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
des Fachbereichs Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes-Gutenberg-Universität Mainz

vorgelegt von
Hanskarl Schmidt
Assessor aus Kaiserslautern

1981

1979
—





Digitized by the Internet Archive
in 2026

Depotgeschäft und Effektenkommission
nach französischem Recht

Dissertation

zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
des Fachbereichs Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes-Gutenberg-Universität Mainz

vorgelegt
von

Hanskarl Schmidt
Assessor aus Kaiserslautern

-1981-

Erstberichterstatter : Justizrat Prof. Dr.
Johannes Bärman

Zweitberichterstatter : Professor Dr. Karl Otto
Schermer

Tag der mündlichen
Prüfung : 8. Februar 1979

MEINEN ELTERN

GLIEDERUNG

	Seite
§ 1 EINLEITUNG	1
§ 2 DIE ARTEN DER WERTPAPIERE UND IHRE ÜBERTRAGUNG	3
I. Inhaberpapiere	3
II. Namenspapiere	8
III. Titres à ordre	13
IV. Titres mixtes.....	14
§ 3 DAS DEPOTGESCHÄFT	
I. Der Verwahrungsvertrag des Hinter- legers mit der Depotbank	15
1. Die Pflichten der Depotbank ...	16
2. Die Verwaltung der Wertpapiere durch die Depotbank.....	21
3. Dépôt régulier	22
II. Die Girosammelverwahrung in Frank- reich	23
1. Geschichtliche Entwicklung	23
2. Die Eingliederung der Effekten in das System der S.I.C.O.V.A.M.	26
3. Sammeldepotfähigkeit der Effek- ten	27
4. Der "volant" - Der Wertpapierbe- stand der Depotbank	28

5. Die Eigentumsverhältnisse an den sammelverwahrten Effekten ..	29
a) Die Fungibilität der Wertpapiere	29
b) Dépôt irrégulier - Depot régulier	31
c) Vom Spezialitätsgrundsatz zur Anerkennung dinglicher Rechte an fungiblen Sachen.....	33
d) Die copropriété indivise.....	39
e) Grundsätzliche Unvereinbarkeit der copropriété indivise mit dem System der S.I.C.O.V.A.M.....	44
aa) Die Trennung der verkörperten Rechte von der Urkunde	48
bb) Die Lehre von den titres scripturaux	51
f) Die Eigentumsübertragung im System der S.I.C.O.V.A.M. ...	55
aa) Der ordre de virement - S.I.C.O.V.A.M.....	55
bb) Der virement en banque...	56
cc) Der ordre de virement - S.I.C.O.V.A.M. als Ersatz für die Publizitätsfunktion des Besitzes	59
dd) Die Auffassung Herms	61
g) Zusammenfassung	63
6. Der dingliche Herausgabeanspruch der Hinterleger.....	65
7. Der Aussonderungsanspruch der Hinterleger der Wertpapiere im Falle des Konkurses der Depotbank	67
8. Die Verpfändung der sammelverwahrten Effekten.....	70
a) Einführung in das französische Pfandrecht.....	70
b) Die Verpfändung der sich im System der S.I.C.O.V.A.M. befindlichen Wertpapiere.....	73

	Seite
c) Zusammenfassung	75
9. Die Zwangsvollstreckung gegen- über dem Depotkunden durch des- sen Gläubiger.....	75
10. Die Zwangsvollstreckung gegen- über der Depotbank.....	78
11. Die Verwahrung ausländischer Ef- fekten im System der S.I.C.O.V.A.M.....	79
 § 4 DIE EFFEKTENKOMMISSION	 81
I. Die Rechtsnatur der Effektenkommis- sion	81
II. Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Bankkunden (Kommittenten) und der Bank (Kommissionär)	82
1. Die Ausführungspflicht und Nichterfüllung durch die Bank	82
a) Die Ausführungspflicht der Bank im einzelnen	85
2. Die Informationspflicht der Bank	86
3. Die Sorgfaltspflichten der Bank bei der Ausführung des Kommis- sionsauftrages	87
a) Die Sorgfaltspflichten beim Verkauf abhandengekommener Effekten	87
b) Die Beratungs- und Aufklä- rungspflicht der Bank gegen- über dem Bankkunden	89
4. Die Substitutionsbefugnis der Bank in ihrer Eigenschaft als Beauftragte (mandat substitué)	90
5. Die Privilegien der Bank in ihrer Eigenschaft als Kommissio- när	91

	Seite
6. Die Pflichten des Bankkunden (Kommittenten).....	93
7. Der Aussonderungsanspruch des Bankkunden im Falle des Konkur- ses der Bank	94
a) bei der Verkaufskommission..	94
b) bei der Einkaufskommission..	95
8. Das Rechtsverhältnis zwischen Bankkunden und Börsenmakler....	101
III. Das Rechtsverhältnis Bank-Börsen- makler	102
1. Die Rolle des agent de change nach französischem Recht	102
a) Der Status des Börsenmaklers	102
b) Die Rechtsstellung des Bör- senmaklers	104
c) Das Monopol des Börsenmak- lers	104
d) La compagnie des agents de change	105
e) La chambre syndicale des agents de change (Börsenmak- lerkammer)	106
2. Die Sorgfaltspflichten des Bör- senmaklers vor der Ausführung des Kommissionsauftrages.....	107
3. Die Pflichten des Börsenmaklers bei der Ausführung des Kommis- sionsauftrages	108
4. Die Lieferung der Effekten durch den Börsenmakler	110
5. Die Rechte des Börsenmaklers...	111
6. Der Konkurs des Börsenmaklers..	113
7. Der Bereicherungsanspruch des Auftraggebers gegenüber dem Pfuschkakler	115
IV. Das Reportgeschäft	119

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

Lehrbücher

- | | |
|---|---|
| Argenson Jacques
Toujas Georges | Règlement judiciaire, liqui-
dation de biens et faillite
Paris 1973 |
| Aubry-Rau-Esmein
par Paul Esmein | Traité de droit civil
t.2 7 éd.
Paris 1962 |
| Battifol Henri
Lagarde Paul | Droit international
t.2 5 éd.
Paris 1971 (zit.: Battifol) |
| Baudry-Lacantinerie-
Saignat
par Léon Saignat | Traité théorique et pratique
de droit civil français
Paris 1908 (zit. Baudry-
Lacantinerie) |
| Boudinot André
Frabot Jean-Claude | Technique et pratique
bancaire, 3 éd.
Paris 1974 |
| Buchère Ambroise | Traité théorique et pratique
des opérations de la bourse
Paris 1892 |
| Bufnoir Claude | Propriété et contrat, théorie
des modes d'acquisition des
droit réels et des sources
des obligations
Paris 1924 |
| Colin Ambroise
Capitant Henri | Cours élémentaire de droit
civil français 7 éd.
Paris 1931 |
| Delamarre et
Le Poitvin | Traité théorique et pratique
de droit commercial
Paris 1861 |

- | | |
|---|--|
| Demolombe Charles | Cours de Code Napoléon
t.11
Paris 1882 |
| Demogue René | Traité des obligations en
général
t. 5
Paris 1925 |
| Dupont Delestraint
Pierre | Droit civil, droit réel
principaux
Paris 1975 |
| Enzyklopädisches
Lexikon | für Geld-, Bank- und Börsen-
wesen
Bände 1 und 2
Frankfurt 1968 |
| Escarra Jean | Cours de droit commercial
Paris 1952 (zit.: Escarra-
cours)

Principes de droit commercial
t. 6
Paris 1936 |
| Escarra Jean
Rault Jean | Traité théorique et pratique
de droit commercial
t.3
Paris 1955 |
| Escarra-Rault-Hémar
par Jean Hémar | Les contrats commerciaux
t.2
Paris 1955 (zit.: Hémar) |
| Ferid Murad | Das französische Zivilrecht
Bände 1 und 2
Frankfurt und Berlin 1971 |
| Ferronnière Jacques
Chillaz Emmanuel | Les opérations de banque
Paris 1963 |
| Gavalda Christian
Stoufflet Jean | Droit de la banque
Paris 1974 |
| Guyénnot Jean | Cours de droit commercial
Paris 1969 (zit.: Guyénnot-
cours) |
| hamel Joseph
Lagarde Gaston
Jauffret Alfred | Traité de droit commercial
t.1, Paris 1954
t.2, Paris 1966 |

Hémarc Joseph	Théorie et pratique des assurances terrestres t.1 Paris 1953 (zit.: Hémarc-assurances)
Josserand Louis	Cours de droit civil positif français, 2 éd. Paris 1932
De Juglart Michel Ippolito Benjamin	Cours de droit commercial t.3, Paris 1969 t.4, Paris 1974
Julliot Ch.- L.	Traité formulaire de titres nominatifs t.1 Paris 1931
Jura Europae	Droit bancaire et boursier, Bank- und Börsenrecht München und Paris 1974
Lacour Léon Bouteron Jacques	Précis de droit commercial t.1 und t.2, Paris 1933 t.1, Paris 1925 3 éd.
Lavantal-Perquel	Manuel des opérations de bourse Paris 1963
Lyon-Caen-Renault par Louis Renault	Traité de droit commercial t.3, Paris 1925 t.4, Paris 1925 t.8, Paris 1935
Martin Jean-François	La pratique du règlement Judiciaire Paris 1968
Marty Gabriel Raynaud Pierre	Droit civil t.1, Paris 1965 und 1970 t.2, Paris 1966 t.3, Paris 1968
Mazeaud-Tunc par André Tunc	Traité théorique et pratique de la responsabilité civile dilectuelle et contractuelle t.2 Paris 1958

- | | |
|--|--|
| Moreau-Néret
Olivier | Les valeurs mobilières
t.1
Paris 1939

Valeurs étrangères
Paris 1956 |
| Niboyet Jean-Paulin | Traité de droit international
privé français
t.4
Paris 1974 |
| Pardessus Jean-Marie | Cours de droit commercial
Paris 1815 |
| Percerou Jean
Dessertaux Marc | Des faillites et des banque-
routes et des liquidations
judiciaires
t.2
Paris 1937 |
| Planiol Marcel
Ripert Georges
Boulanger Jean | Traité élémentaire de droit
civil
t.1, Paris 1946
t.3, Paris 1951 |
| Planiol Marcel
Ripert Georges
Picard Maurice | Traité pratique de droit
civil français
t.3, Paris 1952

- Esmein, t. 7, Paris 1931
- Savatier, t.11, Paris 1954
- Becqué t.12, Paris 1953 |
| Raymond Guy | Contrat de vente
Paris 1975 |
| Ripert Georges
Boulanger Jean | Traité de droit civil
t.1, Paris 1956
t.2, Paris 1957
t.3, Paris 1958 |
| Ripert Georges
Roblot René | Traité élémentaire de droit
commercial 7 éd.
t.1, Paris 1972
t.2, Paris 1974 |
| Rodière René
Houin Roger | Droit Commercial
Paris 1970 |
| Rodière René
Rives-Langes Jean-
Louis | Droit bancaire
Paris 1973 |

- | | |
|---------------------------------|--|
| Thaller Edmond
Percerou Jean | Traité élémentaire de droit
commercial
t.2
Paris 1931 |
| Vasseur, Michel | Droit commercial
fasc. 5, Paris 1974 - 1975
fasc. 7, Paris 1975 - 1976 |

Monographien

- | | |
|-------------------------|--|
| Aerran, Ludovic | Le banquier, intermédiaire
de bourse
éd. Banque
Paris 1969 |
| Allix, Edgar | Des reports dans la bourse
de valeur
Diss. Paris 1900 |
| Avéran-Horteur,
Luce | De la C.C.V.D.T. à la
S.I.C.O.V.A.M.
Diss. Grenoble 1959 |
| Barth, Hans-Georg | Die nicht organisierte
Rechtsgemeinschaft im fran-
zösischen Recht
Diss. München 1967 |
| Bézard-Falgas J. | Le nouveau régime des trans-
ferts de titres nominatifs
et les certificats de pro-
priété
Paris 1928 |
| Brink, Ulrich | in Nr. 9 der Gelben Reihe des
Instituts für Internationales
Recht des Spar-, Giro- und
Kreditwesens. Die Rechtsüber-
tragung im nationalen Effek-
tengiro
Mainz 1975 |
| Brink, Ulrich | Rechtsbeziehungen und Rechts-
übertragung im nationalen und
internationalen Effektingiro-
verkehr,
Diss. Mainz 1976 |

- | | |
|--------------------------------|--|
| Cabrillac, Henry | Le chèque et le virement
Paris 1967 |
| Chavrier, Maurice | Evolution de l'idée de commercialité
Diss. Lyon 1935 |
| Clerc, Pierre | La revendication des banques
Diss. Rennes 1935 |
| Constantinesco
Léontin-Jean | Inexécution et faute contractuelle
Stuttgart und Brüssel 1966 |
| Delorme, Jean-
François | La C.C.D.V.T.
Diss. Paris 1950 |
| Gambert, Régis | La Caisse centrale de dépôt et de virement de titres
Diss. Paris 1943 |
| Grathwohl, Egon | Die eigentumsrechtliche Organisation der Girosammelverwahrung im deutschen, französischen und schweizerischen Recht
Diss. Köln 1976 |
| Guillaume, Gildard | La saisie des valeurs mobilières
D.E.S. Paris 1971 |
| Haour, Pierre | La Bourse
Paris 1962 |
| Hartwig | Valeurs mobilières et investissements privés
Paris 1957 |
| Herms, Volkmar | Die Aktie und ihre Übertragung im französischen Recht Köln, Berlin, Bonn, München 1972 |
| Humbert, Henri | Essai sur la fungibilité et la consomprabilité des meubles
Diss. Paris 1940 |

Ionasco, Aurelian	La copropriété d'un bien Diss. Paris 1930
Jaubert, Pierre	Commission commerciale, courtage Paris 1960
Lange, Gustav-Adolf	Die Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern im deutschen und französischen Recht Diss. München 1963
Loussouarn, Yvon	Les conflits la loi en matière sociétés Diss. Rennes 1949
Légal, Alfred	Le contrat de dépôt de titres en banque Paris 1925
Müller, Hans	Das Reportgeschäft Diss. Zürich 1896
Oeckinghaus, Arne	Kaufvertrag und Übereignung nach deutschem und französi- schen Recht Diss. Heidelberg 1973
Rigaud, Louis	Le droit réel, histoire et théorie Diss. Toulouse 1912
Roblot, René	Les effets de commerce Paris 1975
Rosenfeld, Félix	Analyse financière et gestion de portefeuille Paris 1972
Roux, Alfred	La compensation et le virement de titres Diss. Paris 1930
Rupf, Wolfgang	Das französische compte courant de valeurs mobilières mit rechtsvergleichender Be- trachtung zur deutschen Giro- sammelverwahrung Diss. Bonn 1972

- | | |
|----------------------------|---|
| Schefold, Dietrich | Der Zeitpunkt des Eigentums-
überganges beim Kauf beweg-
licher körperlicher Gegenstände
nach französischem Recht
Diss. Tübingen 1968 |
| Siesse G. | Contribution à l'étude de la
communauté d'héritiers en
droit comparé
Diss. Paris 1922 |
| Vézian, Jack | La responsabilité du banquier
en droit privé français
Paris 1974 |
| Vidalenche, Gérard | La bourse, comment gérer
votre portefeuille
Paris 1974 |
| Voegeli, Hans-Rudolf | Die Lagerscheine, besonders
ihre Verpfändung im englischen
und französischen Recht
Diss. Bern 1952 |
| Waldmann, Abel | La profession de l'agent de
change
Paris 1910 |
| Ziganke, Klaus-
Rüdiger | Der Rechtsschutz bei Verlust
von Wertpapieren im deutschen
und französischen Recht
Diss. Köln 1964 |

Aufsätze

- | | |
|------------------|---|
| De Beus | in Rev. de la Banque 1957.794:
"Transfert de fonds et vire-
ment en banque" |
| David | in RDC 1965.287:
"Le report en bourse" |
| Derrida in Hamel | Le contrat de commission,
S. 85:
"La commission des marchan-
dises" |

- Déruppé in Hamel Le gage commercial, S.512:
"Le nantissement des valeurs mobilières"
- Didier in D. Chron. 1962.221:
"Remarques pour servir à une définition du droit commercial"
- Fain in Banque 1949.660:
"Les titres à ordre"
- Foyer in Hamel Le gage commercial, S.17:
"Le principe du gage avec dépossession, la loi de 1893 et ses précédents"
- Froissart in Dr. fin. 1913.652:
"La question du mandat substitué en matière d'opération de bourse"
- Georgiades in RDC 1965.69:
"La responsabilité de l'agent de change en matière de négociation de titres volés"
- Giverdon JCP 1949 I 770:
"Le droit commercial, droit des commerçants, le critère de la profession commerciale"
- Goré in Hamel Le contrat de commission, S.281:
"La commission Ducroire"
in JCP 1951 I 948:
"Le nouveau régime des valeurs mobilières"
- Granger in Hamel Le gage commercial, S. 156:
"Le warrant des magasins généraux"
- Guyénot in Hamel Le gage commercial, S. 270:
"La constitution du gage de valeurs mobilières"

- Hémaré in RDC 1949.152:
"Contrats commerciaux"
- Houin in rev.synd.et adm. jud.
1960.149:
"La revendication des titres
en S.I.C.O.V.A.M. en cas de
faillite"
- Houin-Saint-Alary in RDC 1970.136:
"Sociétés par actions"
- Jeantet in journ. soc. 1945.161:
"Le dépôt collectif des titres
au porteur"
- Josserand in extrait du livre du cente-
naire du code civil:
"Essai sur la propriété col-
lective", Paris 1904
- Jaubert in rev. de droit civil
1945.45:
"Deux notions du droit des
biens: la consomptibilité et
la fongibilité"
- Kaepelin in rev. de droit comm.
1943.272:
"Du dépôt individuel au dépôt
collectif"
- Lanz in AG 1972.373:
"Die Pariser Börse und der
französische Effektenmarkt"
- Mazeaud in journ. soc. 1932.385:
"Les droits de souscripteur
ou acheteur de valeurs mobi-
lières en cas de faillite de
l'intermédiaire"
- Léauté in Hamel Le contrat de commission,
S.200:
"La commission sur valeurs
mobilières"

- Niederländer in FS für Gutzwiller, S.621:
"Nemo turpitudinem suam allegans, ein rechtsvergleichender Versuch"
- Pallard in Hamel Le contrat de commission,
S. 126:
"Les obligations du commettant et les garanties du commissionnaire"
- Razouls in JCP 1953 I 7488:
"La nature d'un ordre de virement en S.I.C.O.V.A.M."
- Ripert in Banque 1949.729:
"La revendication des valeurs mobilières déposées en compte courant"
- Rives-Langes in Mélanges Cabrillac, S.162:
"La monnaie scripturale"
- Rousseau in JCP 1942 I 290:
"Les mesures relatives à la forme et à la négociation des actions"
- Roux in Banque 1963.16:
"Le compte courant et le virement de titres en France"
- Savatier in D.Chr. 1972.137:
"Les contrats de conseil professionnel en droit privé"
- Schindelwick in WM 1960 Sonderbeilage
Nr. 10, S.19:
"Der Eigentumserwerb im Bank- und Börsengeschäft"
- Starck in Hamel Le contrat de commission,
S. 148:
"Les rapports du commettant et du commissionnaire avec les tiers"

- Solus in Annales de droit comm.
1930.91:
"Le report à la bourse de
valeur"
- Thaller in Annales de droit comm.
1895.177:
"Courte étude sur les actes
de commerce"
in Annales de droit comm.
1906.110:
"De la nature juridique du
titre de crédit"
- Tunc in JCP 1947 I 659:
"La représentation des actions
par la comptabilité de la
C.C.D.V.T."
- Vasseur in Hamel Le contrat de commission,
S.173:
"La commission sur valeurs
mobilières"
- Veaux-Fournerie Le gage commercial, S. 126:
in Hamel "Fongibilité et subrogation
réelle en matière de gage
commercial"
- Vivier in Hamel Le gage commercial, S. 300:
"Les précédents du warrant
industriel, le warrant hôte-
lier, le warrant pétrolier,
le warrant stock"

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.a.O.	= am angegebenen Ort
Ann. de dr. comm.	= Annales de droit commercial
A.N.S.A.	= Association des sociétés par actions
Banque	= Revue du banquier
BM	= Börsenmakler
Bull. civ.	= Bulletin des arrêts de la cour de cassation, chambre civil
cass. civ.	= Cour de cassation, chambre civil
cass. comm.	= Cour de cassation, chambre civil, section commerciale
cass. req.	= Cour de cassation, chambre des requêtes (besteht seit 1947 nicht mehr)
C.C.D.V.T.	= Caisse Centrale de Dépôt et de Virement de Titres
code de comm.	= code de commerce
D.	= Recueil Dalloz
Dalloz	= Encyclopédie Dalloz
Dalloz, Nouv. Rép.	= Dalloz, Nouvelle Répertoire
Diss.	= Dissertation

Gaz. Pal.	= Gazette du Palais
Instructions	= Instructions à l'usage des établissements adhérents
J.C.P.	= Jurisclasseur périodique et semaine juridique
journal. soc.	= Journal des Sociétés
journal. trib.	= Journal des Tribunaux
Juriscl.	= Jurisclasseur Annexes
Juriscl. comm.	= Jurisclasseur commercial
RDC	= Revue trimestrielle de droit commercial
rev. de dr. civ.	= Revue trimestrielle de droit civil
rev. gén. de dr. comm.	= Revue générale de droit commercial
S.I.C.O.V.A.M.	= Société interprofessionnelle pour la compensation des valeurs mobilières
t.	= tome (Band)
val. mob.	= valeurs mobilières
VO	= Verordnung

§ 1 EINLEITUNG

Die französische Lehre kennt weder eine einheitliche Darstellung des Wertpapierrechts noch eine einheitliche Wertpapiertheorie¹⁾.

Die Wertpapiere werden in Frankreich nach zwei Gruppen getrennt. Bei der ersten Gruppe handelt es sich um die "effets de commerce", die kurzfristige Geldforderungen verbriefen und die die geldvertretenden Zahlungsmittel darstellen (Verkehrspapiere)²⁾. Bei der zweiten Gruppe handelt es sich um die "valeurs mobilières"; sie verbriefen langfristige Forderungen und dienen der langfristigen Kapitalanlage. Die valeurs mobilières sind börsenfähig, von juristischen Personen des öffentlichen oder privaten Rechts emittierte Wertpapiere, die Gläubiger- und Mitgliedschaftsrechte verbriefen³⁾. Wichtig für die Charakterisierung der valeurs mobilières ist, dass sie im Wege der "négociation"⁴⁾, der handelsrechtlichen Übertragung, d.h. durch Übergabe, durch Umschreibung in den Registern des Emittenten oder durch Indossament übertragen werden können. Da die valeurs mobilières auch börsenfähig sein müssen, nennt man sie auch titres de bourse⁵⁾.

1) Ferid, 2 K 132; Rosenfeld, S.7; Juglart-Ippolito, t.4, note 1782; Grathwohl, S.14;

2) vgl. Ferid, 2 K 132; unter die Kategorie "effet de commerce" fallen Wechsel, Scheck und Lagerschein; diese Gruppe kann deswegen nicht zu den valeurs mobilières gerechnet werden, weil bei ihnen nicht die Möglichkeit besteht, an der Börse gehandelt zu werden;

3) Dalloz, val.mob., note 1; vgl. Roblot, S.6;

4) Die "négociation" ist der Oberbegriff für die drei Übertragungsformen, der "tradition" bei den Inhaberpapieren, dem "transfert" bei den Namenspapieren und dem "endossement" bei den Orderpapieren (vgl. Hamel-Lagarde-Jauffret, t.2 note 523; Ripert-Roblot, notes 1775 und 1776; Planiol-Ripert-Picard, S. 596; Mazeaud, t.2, note 368; Dalloz, val. moc. note 214;

5) Ripert-Roblot, note 1734; Nancy 10.3.1953 Banque 1953, 455;

Der Begriff der "valeurs mobilières" ist nicht mit dem des Wertpapiers im deutschen Recht identisch⁶⁾. Im deutschen Recht ist der Besitz des Papiers grundsätzlich Voraussetzung für die Geltendmachung der in ihm verbrieften Rechte; im französischen Recht ist die Verfügungsgewalt über das Papier bei Namenspapieren zur Rechtsausübung nicht erforderlich⁷⁾.

Folgende Wertpapiere fallen unter die Kategorie der "valeurs mobilières":

Aktien, Aktienbezugsrechtscheine, -soweit sie von den Aktien abgetrennt sind⁸⁾, Departmentanleihen, börsenfähige Zwischenscheine und Gründeranteile⁹⁾.

-
- 6) Wenn im folgenden der Begriff Wertpapiere gebraucht wird, so ist dies immer im Sinne von "valeurs mobilières" zu verstehen;
- 7) La création d'un titre nominatif n'est pas indispensable à l'existence des droits du titulaire, contrairement à la règle qui s'impose pour le titre au porteur (Dalloz val. mob., note 33); das Papier hat lediglich Beweisfunktion, zur Ausübung seiner Rechte benötigt es der Berechtigte nicht;
- 8) nach art.183 Abs.3 des Gesetzes vom 24.6.1966 sind Aktienbezugsrechtscheine börsenfähig, wenn sie von der Urkunde abgetrennt sind;
- 9) art. 264 des Gesetzes vom 24.7.1966 hat die Emission von Gründeranteilen (parts de fondateur oder parts bénéficiaires) vom Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes (1.4.1967) verboten. Die bis zu diesem Zeitpunkt emittierten Gründeranteile finden ihre rechtliche Grundlage in dem Gesetz vom 23.1.1929 (geändert durch Gesetz vom 25.2.1953) und behalten weiterhin ihre Gültigkeit. Die Gründeranteile können sowohl als Inhaber- als auch als Namenspapiere ausgegeben werden. Die parts de fondateur, den Gründern der Aktiengesellschaft meistens als Gegenleistung für die Mithilfe bei der Gründung der AG gewährt, geben ihren Inhabern nach art.1 Abs.2 des Gesetzes vom 23.1.1929 das Recht, von der AG eine bestimmte Summe oder einen prozentualen Gewinnanteil zu verlangen (Dalloz, part de fondateur, note 1; Ripert-Roblot, note 1385); die Inhaber von Gründeranteilen sind keine Aktionäre, sie können sich jedoch zu einer "masse des porteurs des parts" zusammenschließen, einen Vertreter bestimmen, dessen Zustimmung bei Änderung der Gesellschaftsform erforderlich ist und der bei vorzeitiger Auflösung der AG im Namen der Inhaber der Gründeranteile Schadenersatzforderungen gegen die AG geltend machen kann (Ripert-Roblot, note 1404; Dalloz, part de fondateur, note 54 ff.);

§ 2 DIE ARTEN DER WERTPAPIERE UND IHRE ÜBERTRAGUNG

Das französische Recht unterscheidet zwischen Inhaberpapieren, Namenspapieren, titres mixtes und Orderpapieren.

I. INHABERPAPIERE

Inhaberpapiere sind laut Gesetzesdefinition des art.529 code civil bewegliche Sachen. Die Forderungs- und Mitgliedschaftsrechte¹⁰⁾ sind in der Urkunde verkörpert; zur Rechtsausübung ist grundsätzlich der Besitz des Papiers erforderlich; auch im französischen Recht folgt bei Inhaberpapieren das Recht aus dem Papier dem Recht an dem Papier¹¹⁾. Ganz selten beschäftigt sich die französische Literatur¹²⁾ mit der Frage des Entstehens einer abstrakten Wertpapierverbindlichkeit; aus den wenigen Stellungnahmen der Literatur ist zu entnehmen, dass diese nicht schon mit der Kreation, sondern erst mit der Begebung des Papiers entsteht¹³⁾.

10) Die Mitgliedschaftsrechte entstehen für Gründungsaktionäre mit Beginn der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft (art.5 des Gesetzes vom 24.7.1966); weder die Verbriefung in einem Wertpapier noch der Eintrag in den Registern des Emittenten sind Entstehungsvoraussetzungen für die Mitgliedschaft (vgl. Hamel-Lagarde-Jauffret, t.2, S.410: "La société est toujours en droit d'opposer au porteur d'une action les dispositions statutaires qui limitent le droit des porteurs"); die Verbriefung hat lediglich deklaratorische Bedeutung;

11) Dalloz, val.mob., note 52; Ripert-Roblot, note 1808; vgl. Ferid, 2 K 133 und 142; Thaller in Annales de droit comm. 1906.110 (113);

12) vgl. Mazeaud, t.2, note 368: "On peut considérer que le débiteur a fait une offre à tout porteur du titre et que cette offre est acceptée par le porteur successif";

13) vgl. Ferid, 2 K 133; vgl. Thaller, a.a.O., S.113 ff.;

Für die Übertragung der Rechte aus Inhaberpapieren kommen die Vorschriften für die Übertragung beweglicher Sachen zur Anwendung, d.h. das Inhaberpapier geht eigentums- und forderungsmässig inter partes durch blosse Einigung¹⁴⁾ (Ausfluss des Konsensprinzips), mit Drittwirkung (auch nach 1141 des code civil¹⁵⁾ durch Verschaffung des unmittelbaren Besitzes auf den Erwerber über¹⁶⁾. Für die Wirksamkeit der Eigentumsübertragung eines Inhaberpapiers inter partes ist ausser der blossen Einigung weiterhin erforderlich, dass sich die Abtretung auf Wertpapiere bezieht, die durch Nummern oder auf andere Weise gekennzeichnet sind¹⁷⁾; andernfalls ist der Erwerber des Inhaberpapiers lediglich Inhaber einer Forderung, aufgrund deren er die Lieferung des Inhaberpapiers vom Veräusserer verlangen kann.

Die Rechtsnatur der Übertragung (tradition) ist von der Übertragung des Rechts unabhängig d.h. sie ist abstrakter Natur¹⁸⁾. Die tradition ist jedoch nicht mit der Verschaffung des unmittelbaren Besitzes, sondern auch dann vollzogen, wenn der Veräusserer dem Erwerber die Verfügungsmacht über das Inhaberpapier verschafft hat¹⁹⁾.

14) Dalloz, a.a.O., note 314;

15) Die Vorschrift des art. 1141 code civil betrifft den Fall der Mehrfachveräusserung; das sonst herrschende Konsensprinzip wird insofern durchbrochen, da in diesem Fall derjenige Eigentümer ist, der den unmittelbaren Besitz an der Sache innehat.

16) art. 265 des Gesetzes vom 24.7.1966: "Le titre au porteur est transmis par simple tradition".

17) Dalloz, a.a.O., note 314;

18) Ripert-Roblot, note 1801; Bézard-Falgas, note 16; Rodière-Houin, note 421: "La tradition est un mode abstrait de transmission de droit";

19) Ripert-Roblot, note 1801;

Gutgläubiger Erwerb von Inhaberpapieren:

Da es sich bei Inhaberpapieren um bewegliche Sachen im Sinne des art.529 code civil handelt, greift für den gutgläubigen Eigentumserwerb bei nicht abhandengekommenen Inhaberpapieren die Vorschrift des art.2279 I code civil ein²⁰⁾.

Voraussetzung für den gutgläubigen Erwerb ist zunächst, dass der Erwerber den unmittelbaren Besitz des Inhaberpapiers fehlerfrei, d.h. friedlich²¹⁾, offenkundig und unzweideutig erlangt hat. Ferner ist erforderlich, dass der Besitzer des Inhaberpapiers dieses als ihm gehörend besitzen will²²⁾. Der Erwerber ist dann gutgläubig, wenn er der Überzeugung ist, dass der Veräußerer Eigentümer des Inhaberpapiers ist²³⁾; diese Überzeugung muss im Zeitpunkt der Besitz-erlangung vorliegen²⁴⁾. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so kann sich der frühere Eigentümer gegenüber dem Besitzer nicht mehr auf sein Eigentumsrecht berufen.

Umstritten²⁵⁾ ist, ob es sich bei art.2279 code civil lediglich um einen verfahrensrechtlichen Ausschluss der rei vindicatio handelt oder ob der Erwerber an dem Inhaberpapier Eigentum er-

20) "En fait de meubles, la possession vaut titre";

21) vgl. art.2229 code civil: "paisible, publique et non équivoque"; friedlich ist der Besitz dann, wenn er nicht mit Gewalt erlangt wurde (s. Ferid, 3 A 115);

22) Der französische Besitzbegriff ist per definitionem Eigenbesitz; ein animus domini ist immer erforderlich. Das französische Recht kennt daher konsequenterweise den mittelbaren Besitz, die Besitzdienerschaft und den Fremdbesitz nicht;

23) Marty-Raynaud, t.II, vol. 2, note 394;

24) Marty-Raynaud, a.a.O., note 394;

25) vgl. Ferid, 3 B 14;

wirbt. Während die Rechtsprechung²⁶⁾ die Auffassung des verfahrensrechtlichen Ausschlusses vertritt, geht die Meinung der überwiegenden Lehre²⁷⁾ dahin, dass der gutgläubige Erwerber einer beweglichen Sache daran nach art.2279 Abs. 1 code civil originäres Eigentum erwirbt (fonction acquisitive de la possession²⁸⁾).

Ist dem Eigentümer eine bewegliche Sache infolge Diebstahls abhanden gekommen oder hat er diese verloren, so kann er sie nach art.2279 Abs.2 code civil auch von dem gutgläubigen Besitzer innerhalb einer Dreijahresfrist zurückverlangen.

Die Vorschrift des art.2279 Abs.2 code civil wird für den gutgläubigen Erwerb von Inhaberpapieren durch die Sonderregelung des Dekrets vom 11.1.1956 in der Fassung vom 14.8.1964 verdrängt. Danach kann der Berechtigte bei jeglichem Besitzverlust, also auch bei Unterschlagung der Wertpapiere, von dem Besitzer die Herausgabe der Inhaberpapiere verlangen.

Um den weiteren Umlauf des Papiers zu verhindern, kann der Berechtigte sowohl einen Einspruch (opposition) bei der Kammer für Börsenmakler²⁹⁾ als auch bei dem Emittenten der Inhaberpapiere³⁰⁾ erheben.

26) cass.reg. 21.11.1927 D.P. 1928, 1.172 (173): "...et que la disposition du premier alinéa de l'art.2279 code civil s'opposait à ce que F. fût admis à prouver par témoins qu'il était propriétaire de ces pierres"; vgl. cass. civ. 15.4.1863 D.P.63. 1.396; cass. req. 27.3.1889 D.P. 90 1.413;

27) Mazeaud, t.2, note 1525; Marty-Raynaud, a.a.O., note 392;

28) Der Besitz ist Eigentumserwerbsgrund;

29) chambre syndicale des agents de change nach art.2 Abs.2 des Dekrets; vgl. Ziganke, S.18 ff.;

30) nach art.1 Abs.2 des Dekrets;

Der Einspruch bei der Kammer für Börsenmakler ist nach art. 4 des Dekrets vom 11.1.1956 entweder durch Zustellung durch den Gerichtsvollzieher oder durch Einschreibebrief mit Rückschein einzulegen. Die obengenannte Kammer ist dann nach art.2 i.V. mit art.7 dieses Dekrets verpflichtet, spätestens am zweiten Börsentag nach Empfang des Einspruchs die Nummern der Wertpapiere in dem dafür vorgesehenen "Bulletin des oppositions" zu veröffentlichen, um somit die Übertragung der Wertpapiere auch in Form des Effektingiroverkehrs zu verhindern. Werden die Inhaberpapiere vor der Veröffentlichung der entsprechenden Nummern in dem "Bulletin des oppositions" an einen Dritten übertragen, so finden nach art.12 Abs.1 des Dekrets vom 11.1.1956 die Artikel 2279, 2280 des code civil Anwendung.

Der Einspruch bei dem Emittenten ist nach art.14 des Dekrets ebenfalls durch Zustellung durch den Gerichtsvollzieher oder durch Einschreibebrief mit Rückschein geltend zu machen. Nach art.2 Abs. 2 i.V. mit art.17 Abs.2 und 18 Abs.2 des oben genannten Dekrets ist es der Emissionsgesellschaft ab dem Zeitpunkt der Eintragung in den "Bulletin des oppositions" verboten, an einen Dritten irgendeine Zahlung, die die Inhaberpapiere betrifft, vorzunehmen.

Der opposant³¹⁾ kann zwei Jahre nach Erhebung des Einspruchs Zins- oder Dividendenzahlungen von der Emissionsgesellschaft verlangen, wenn während dieser Zeit kein Widerspruch gegen Einspruch erhoben worden ist (art.20 des Dekrets). Um die Zahlungen von dem Emittenten zu erhalten, muss

31) Derjenige, der den Einspruch einlegt;

der opposant gemäss art.22 des Dekrets eine Bürgschaft leisten, die der Höhe der dreifachen Dividendenzahlung des letzten Jahres entspricht. Diese Bürgschaft erlischt nach zwei Jahren, falls kein Widerspruch gegen den Einspruch erfolgt ist. Verweigert der opposant die Bürgschaft, so erhält er zwei Jahre lang keine Zins- oder Dividendenzahlungen. Er kann jedoch von dem Emittenten die Einzahlung der Dividenden oder Zinsen bei der Caisse de dépôt et de consignation verlangen.

Mit Ablauf von fünf Jahren nach Erhalt einer Ermächtigung (autorisation) des Emittenten, Dividendenzahlungen zu erhalten (vgl. art.20 des Dekrets) und unter der Bedingung, dass während dieses Zeitraums kein Widerspruch von dritter Seite erfolgt ist, kann der opposant vom Emittenten die Lieferung neuer Inhaberpapiere oder ein Duplikat verlangen. Die dem Berechtigten entzogenen Wertpapiere werden für ungültig erklärt (art.24 Abs.2 des Dekrets).

II. NAMENSPAPIERE

Für die Entstehung einer Verbindlichkeit aus einem auf den Namen lautenden valeur mobilière ist nach art. 1 Abs.1 des Dekrets vom 7.12.1955 allein der Eintrag des Rechtsinhabers in das einschlägige Register der Emissionsgesellschaft entscheidend³²⁾. Weder die Begebung noch die Ausstellung des Pa-

32) art.1 des Dekrets vom 7.12.1955: "Les droits du titulaire d'un titre nominatif sont établis par une inscription sur les registres de la personnalité émettrice";

piers begründen die Wertpapierverbindlichkeit³³⁾. Das Mitgliedschaftsrecht des Berechtigten ist jedoch nicht in der Urkunde verbrieft, die Urkunde ist lediglich ein Auszug³⁴⁾ aus dem Register des Emittenten, ein sogenanntes *certificat nominatif*, das dem Berechtigten als Beweis der Eintragung dient. Weicht der Inhalt des Register-
eintrages von dem des *certificat nominatif* ab, so ist allein der Registereintrag entscheidend für die Berechtigung; das *certificat nominatif* ist dahingehend zu berichtigen.

Der "titre nominatif" ist daher kein Wertpapier im deutschen Sinn, da das Recht nicht in der Urkunde verkörpert wird und deren Besitz auch nicht zur Rechtsübertragung notwendig ist³⁵⁾. Da die Ausgabe der *certificats nominatifs* nicht notwendig für die Entstehung der Mitgliedschafts- bzw. Forderungsrechte ist, geben daher einige französische Gesellschaften keine Namenszertifikate aus³⁶⁾, verlangt jedoch der Berechtigte die Ausstellung eines Namenszertifikats, so ist der Emittent zur Ausstellung verpflichtet³⁷⁾.

33) Trotzdem spricht man in Rechtsprechung und Lehre von "titre nominatif"; vgl. Ferid, 2 K 135;

34) Dalloz, val. mob., note 33: "L'inscription étant l'élément fondamental et le titre une simple reproduction de celle-ci correspondant à une inscription sur des livres d'une société ou collectivité"; aus der blossen Beweisfunktion des "titre nominatif" ergibt sich, dass bei dessen Abhandenkommen der Berechtigte weiterhin Inhaber der Mitgliedschafts- bzw. Forderungsrechte bleibt;

35) Dies ist wohl auch der Grund dafür, dass die französische Lehre keine einheitliche Wertpapiertheorie kennt, da bei den Inhaberpapieren das Recht in der Urkunde verbrieft ist, bei den Namenspapieren das Papier lediglich zu Beweiszwecken dient;

36) vgl. Dalloz, val. mob., note 33;

37) vgl. cass. comm. 16.3.1966 Bull. civ. III Nr. 149; Paris 11.4.1913 Journ. soc. 1914.429; Lyon 12.3.1923 Journ. soc. 1925.172;

Die Übertragung der Namenspapiere:

Nach art.265 Abs.2 des Gesetzes vom 24.7.1966 erfolgt die Übertragung von Namenspapieren durch Löschung des alten und Eintragung des neuen Rechtsinhabers in den Registern der Emissionsgesellschaft (transfert)³⁸⁾.

Die Abtretung der in dem Namenspapier verbrieften Verbindlichkeit nach art.1690 code civil hat keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der Übertragung des Namenspapiers, da die Namensumschreibung (der transfert) in den Registern des Emittenten von der verbrieften Verbindlichkeit unabhängig ist³⁹⁾. Der Abtretungsvertrag nach art. 1690 code civil hat lediglich die Wirksamkeit der Eigentumsübertragung des Namenspapiers inter partes (zwischen Veräußerer und Erwerber) zur Folge; gegenüber der Emissionsgesellschaft und gegenüber Dritten wird der Erwerber jedoch erst Eigentümer des Namenspapiers mit dem konstitutiven Akt der Umschreibung in den Registern des Emittenten⁴⁰⁾.

Während früher in der französischen Rechtsprechung⁴¹⁾ und Lehre⁴²⁾ die Meinung vertreten wurde, die Eigentumsübertragung von Namenspapieren könne auch mit Drittwirksamkeit durch Abtretungsvertrag nach art.1690 code civil erfolgen, so ist heute der "transfert" als alleinige Übertragungsmodalität anerkannt⁴³⁾.

38) Ripert-Roblot, note 1782;

39) Ripert-Roblot, 1794; Houin in R.D.C. 1970, 137: "Le transfert est une opération abstraite, non causée";

40) A.N.S.A., brochure 106, S.18; so schon für die Namensaktie cass. 15.1.1890 S.90.1.129; Julliot, S.36;

41) cass. req. 4.12.1867 S.68.1.39;

42) S.1926.1.97 note Lyon-Caen; cass. civ. 5.1.1926 D.H. 1926.1.65 note Wagner; Dalloz, val. mot., note 260;

43) cass. req. 22.12.1943 journ. soc. 1949, 254; cass. comm. 20.12.1962 Bull. cass. 1962 III notes 115 + 116;

Der transfert hat der französischen Lehre insofern einige Schwierigkeiten bereitet, als sie erklären musste, wie die Wertpapierverbindlichkeit ohne Abtretungsvertrag auf den Erwerber übergehen kann. Während Julliot⁴⁴⁾ die Umschreibung als Vertrag zugunsten Dritter definiert hat, sieht Thaller⁴⁵⁾ in dem transfert eine délégation⁴⁶⁾. Der Veräußerer weist die Gesellschaft

44) Julliot, S. 85;

45) Thaller, note 601, S. 398;

46) Die Verfasser des code civil haben die délégation nicht als eigenes Rechtsinstitut ausgestaltet, sondern sie in die Vorschriften über die novation (art. 1271 ff. code civil) eingeordnet; das französische Recht unterscheidet zwischen délégation imparfaite et délégation parfaite. Bei der délégation imparfaite des art. 1275 code civil weist der Schuldner (Anweisender, délégant, Veräußerer des Namenspapiers) des Gläubigers (Anweisungsempfänger, délégataire, Erwerber des Namenspapiers) den Angewiesenen (délégué, Emittenten) an, die geschuldete Leistung (die Umschreibung in den Büchern des Emittenten) an den Anweisungsempfänger zu erbringen. Die abstrakte Verpflichtung des délégué gegenüber dem délégataire entsteht mit der Annahme der Anweisung d.h. der délégataire muss dem délégué den Antrag machen, die Anweisung anzunehmen oder der délégué muss seinerseits, nachdem er die Anweisung vorgenommen hat, den délégataire auffordern, die Annahmeerklärung vorzunehmen (Ferid, 2 K 120). Im Gegensatz zur délégation parfaite hat der délégataire neben seinem Anspruch gegenüber dem délégué auch weiterhin seine ursprüngliche Forderung gegenüber dem délégant (vgl. Dalloz, délégation, note 42); nach französischem Recht sind aber délégant und délégué nicht Gesamtschuldner des délégataire, sondern die Forderung des Anweisungsempfängers gegenüber dem Angewiesenen wird als selbständige gegenüber der des Anweisungsempfängers gegenüber dem Anweisenden angesehen. Eine Einschränkung der Selbständigkeit ergibt sich daraus, dass die Leistung des délégué an den délégataire den délégant befreit und umgekehrt (Ferid, 2 K 123; Dalloz, délégation, note 44); hergeleitet wird diese Befreiung aus der Identität des Leistungsgegenstandes (vgl. Mazeaud, t.2 vol. 1, note 1250). Die délégation parfaite ist durch den Schuldnerwechsel charakterisiert. Die Forderung des délégataire gegenüber dem délégant wird nach art. 1271 Abs.2 code civil durch eine neue Forderung des délégataire gegenüber dem délégué ersetzt (vgl. Dalloz, a.a.O., note 18).

an, gegenüber dem Erwerber die Verpflichtung zu übernehmen, die diese ihm gegenüber hat; der Veräusserer verzichtet gegenüber dem Emittenten auf alle aus dem Namenspapier fliessenden Rechte; die Emissionsgesellschaft nimmt den Auftrag an und schreibt den Namen des Erwerbers in ihre Register.

Nach der Meinung von Lacour-Bouteron⁴⁷⁾ und Wahl⁴⁸⁾ ist die Rechtsnatur des transferts durch einen Doppelakt gekennzeichnet. Der Emittent befreit sich gegenüber dem Veräusserer von der in dem Namenspapier verbrieften Verbindlichkeit und verpflichtet sich gegenüber dem Erwerber einseitig (*engagement unilatéral*), das Namenspapier auf seinen Namen auszustellen. Die Verbindlichkeit wird nach dieser Lehre weder übertragen noch ändert sich deren Inhalt. Der neue Inhaber des Namenspapiers hat dieselben Rechte gegenüber der Emissionsgesellschaft wie der alte; er hat

Von der Schuldübernahme nach deutschem Recht unterscheidet sich die *délégation parfaite* dadurch, dass die alte Forderung nicht auf den neuen Gläubiger übergeht, sondern eine neue entsteht (vgl. Ferid, 2 § 169). Um diesen Novationseffekt zu erreichen, muss eine Einigung zwischen *délégant* und *délégué* und zwischen *délégué* und *délégataire* bezüglich der *délégation* vorliegen (Daloz, *délégation*, note 20: "*La délégation suppose le triple consentement*"); darüber hinaus ist erforderlich, dass der *délégataire* dem *délégant* dessen Schuld ausdrücklich erlässt (so die h.L. vgl. Mazeaud, t.2, vol. 1, note 1241; Daloz, *délégation*, note 22 m.w.H.; Paris 5.6.1970 D. 1970.727; Paris 15.4.1965 D. 1965.476); da eine neue Schuld entsteht, ein Übergang der Schuld von *délégant* auf den *délégué* nicht vorliegt, können Einwendungen aus dem alten Schuldverhältnis (*délégant* - *délégataire*) dem neuen Schuldner (*délégué*) nicht geltend gemacht werden. Der entscheidende Unterschied zwischen der *délégation parfaite* und der *délégation imparfaite* besteht darin, dass bei ersterer ein Schuldnerwechsel durch Erlöschen der alten und durch Novation einer Schuld eintritt, bei letzterer die alte Schuld bestehen bleibt und neben dieser eine neue begründet wird.

47) Lacour-Bouteron, t.1, note 1137;

48) Wahl in S.98.2.289 (291);

diese jedoch nicht von dem früheren Inhaber des Namenspapiers erhalten, sondern durch eine Novation der Wertpapierverbindlichkeit (renouvellement du titre⁴⁹⁾). Diese letzte Theorie wird der Rechtsnatur des transfort am gerechtesten, weil sie klar erkennen lässt, dass der Erwerber die in dem Namenspapier verbrieften Rechte nicht von dem Veräusserer, sondern durch einseitige Neubegründung der Verbindlichkeit durch den Emitenten erhält.

Gutgläubiger Erwerb von Namenspapieren:

Die Eintragung in den Registern der Emissionsgesellschaft ist vergleichbar mit dem öffentlichen Glauben an das Grundbuch in Deutschland⁵⁰⁾; der Erwerber braucht sich keine Gedanken darüber zu machen, ob der Veräusserer des Namenspapiers Berechtigter ist oder nicht. Der Erwerber, der gutgläubig von einem fälschlich ins Register Eingetragenen erwirbt, wird berechtigter Inhaber des Namenspapiers.

III. Titres à ordre

Die Entwicklung der Gesetzgebung der Orderpapiere in Frankreich ist durch eine Reihe von halben Massnahmen gekennzeichnet⁵¹⁾.

An erster Stelle ist art.10 der Durchführungsverordnung zu dem Dekret vom 23.6.1879 zu nennen. Danach konnten Departmentanleihen und Kommunalobligationen mit der Orderklausel versehen werden.

49) Ripert-Roblot, note 1795; Juglart-Ippolito, note 1583,

50 (t.4; cass. req. 18.7.1898 S. 1899.1.73;

50) Ripert-Roblot, 1797;

51, Fair in Banque 1954, 660 (663);

Fast fünfzig Jahre später regelte das Gesetz vom 4.4.1926 die Orderpapiere (D.P. 1926.4.145). Nunmehr konnten auch Wertpapiere, die von französischen Handelsgesellschaften emittiert wurden, mit einer Orderklausel versehen werden⁵²⁾. Nach art.10 des Gesetzes vom 29.3.1941 (D.A. 1941.196) wurde die Emission von Orderpapieren verboten. Art.263 des Gesetzes vom 24.7.1966 spricht lediglich von der Emission von Inhaber- und Namenspapieren. Daraus ist zu schliessen, dass die Emission von Orderpapieren nicht statthaft ist⁵³⁾.

IV. Titres mixtes

Unter titres mixtes versteht das französische Recht Namenspapiere sui generis⁵⁴⁾, denen ein auf den Inhaber lautender Dividendenbogen oder Zinsschein beigelegt ist; die Stammurkunde richtet sich nach den Vorschriften über Namenspapiere, während auf die Dividenden- oder Zinsscheine die Vorschriften über Inhaberpapiere Anwendung finden⁵⁵⁾. Nach art.6 des Dekrets vom 7.12.1955 können titres mixtes emittiert werden, wenn dies ausdrücklich in den Statuten der Emissionsgesellschaft vorgesehen ist.

52) Dalloz, val. mob., note 48; Moreau-Néret, t.1, S. 466;

53) Ripert-Roblot, note 1753;

54) Dalloz, a.a.O., note 44; Rodière-Houin, note 743;

55) Trib. comm. Seine, 11.6.1924 journ. soc. 1928, 178;

56) Rechtsprechung und Literatur wurden bis Juli 1976 berücksichtigt.

§ 3 DAS DEPOTGESCHÄFT

I. Der Verwahrungsvertrag des Hinterlegers mit der Depotbank

Die Grundlage des Depotgeschäfts findet sich in den Artikeln 1915 ff. des code civil, in denen die Verwahrung allgemein geregelt ist; der Verwahrungsvertrag ist nach art.1919 Abs. 1 code civil ein Realvertrag, der erst mit der Übergabe der Sache an den Verwahrer geschlossen ist¹⁾. Nach art.1919 Abs.1 code civil i.V. mit art.1919 Abs.2 code civil genügt die Einigung der Parteien, wenn der Verwahrer bereits Pfandgläubiger, also schon in unmittelbarem Besitz der Sache ist.

Der Verwahrungsvertrag ist nach art.1917 code civil grundsätzlich unentgeltlich. Bei der Verwahrung von Wertpapieren durch die Depotbank handelt es sich um einen entgeltlichen Vertrag, der trotz der Vorschrift des art.1917 code civil gemäss art.1928 Abs.2 code civil zulässig ist²⁾.

Beträgt der Wert des verwahrten Gegenstandes mehr als 50 FF., so ist für den Nachweis des Bestehens des Verwahrungsvertrages nach art.1923 code civil der Urkundenbeweis erforderlich; das Erfordernis des Urkundenbeweises entfällt jedoch in der Regel bei der Verwahrung von Wertpapieren, da die Depotbank nach art.632 Abs.7 code comm. die Kaufmannseigenschaft besitzt und daher die Vorschrift des art.109 code comm. eingreift, wonach alle Beweismittel, insbesondere der Zeugenbeweis, statthaft sind.

1) vgl. Ferid, 2 H 152;

2) Ripert-Roblot, note 2165; Juglart-Ippolito, t.4, note 1610; Ferid, 2 H 150;

Werden die Wertpapiere von einem Geschäftsunfähigen bei der Depotbank verwahrt, so trifft diese nach art.1925 code civil trotz Unwirksamkeit des Verwahrungsvertrages³⁾ die gleichen Pflichten, wie wenn der Vertrag von einem Geschäftsfähigen geschlossen worden wäre. Ist der Verwahrer nicht geschäftsfähig, so kann der Hinterleger der Wertpapiere gegenüber der Depotbank nach art.1926 code civil die rei vindicatio geltend machen.

Nach art.1922 code civil kommt der Verwahrungsvertrag nur zustande, wenn der Hinterleger Eigentümer der Wertpapiere ist; diese Vorschrift ist überflüssig, ja falsch, da art.1938 Abs.1 code civil die Verwahrung durch den Nichteigentümer regelt⁴⁾. Danach kann der Verwahrer vom Hinterleger nicht den Beweis verlangen, dass dieser Eigentümer der hinterlegten Sache ist⁵⁾.

1. Die Pflichten der Depotbank

Die Hauptpflichten der Depotbank bestehen nach art.1915 i.V. mit art.1927 code civil in der Obhutspflicht bezüglich der Effekten und in der Verpflichtung, diese dem Hinterleger auf dessen Verlangen jederzeit zurückzugeben (art.1915 i.V. mit art.1944 code civil), auch wenn eine Frist zur Rückgabe vereinbart war. Rückforderungsberechtigt ist nach art.1937 code civil der Hinterleger oder der vom Hinterleger bezeichnete Empfangsberechtigte.

3) Die Unwirksamkeit des Vertrages tritt nicht von selbst ein, sondern müsste vom Gericht durch Urteil festgestellt werden; das französische Recht folgt dem Grundsatz: "nul se peut faire justice par soi-même" (Ferid, 1 E 271; Mazeaud, t.2, note 297;

4) Hamel-Lagarde-Jauffret, t.2, note 1836;

5) Legal, S.16;

Die Depotbank kann die Herausgabe der Effekten in vier Fällen verweigern⁶⁾:

- 1) bei Pfändung der Effekten;
- 2) im Falle der opposition bei Abhandenkommen der Wertpapiere⁷⁾;
- 3) bei Bestehen eines Pfandrechts an den Effekten zugunsten der Depotbank;
- 4) bei Nichterfüllung der Pflichten des Hinterlegers aus dem Verwahrungsvertrag;

Die Depotbank hat dem Hinterleger dieselben Wertpapiere zurückzugeben, die sie empfangen hat; die Rückgabe von Wertpapieren gleicher Art mit anderen Nummern stellt einen Vertragsbruch dar und hat Schadenersatzansprüche zur Folge.

Dabei ist zu beachten, dass im französischen Recht der Begriff der Nichterfüllung (*inexécution*) viel weiter gefasst ist als im deutschen Recht. Nichterfüllung bedeutet nach französischer Auffassung jede Abweichung der erbrachten von der vertragsmässigen Leistung⁸⁾, wobei Schlechterfüllung auch unter den Begriff der *inexécution* fällt und keinesfalls besonders geregelt ist⁹⁾. Entscheidendes Kriterium für den Haftungsrahmen ist die Unterscheidung zwischen *obligation de moyen* und *obligation de résultat*.

Die französische Lehre unterscheidet seit Demogue¹⁰⁾ zwischen diesen beiden schuldrechtlichen Verbindlichkeiten. Unter *obligation de résultat* sind solche Verbindlichkeiten zu verstehen, die auf Herbeiführung eines bestimmten Erfolges gerichtet sind, während der Schuldner einer *obligation de*

6) Hamel-Lagarde-Jauffret, a.a.O., note 1836;

7) s. Seite 6;

8) vgl. Ferid, 2 C 5;

9) Constantinesco; S.51;

10) Demogue, t.5, note 1237 und t.6, note 599;

moyen nur eine auf den Erfolg gerichtete Tätigkeit schuldet¹¹⁾.

Bei der Rückgabepflicht handelt es sich um eine obligation de résultat. Bei einer solchen Verbindlichkeit hat der Gläubiger gegen den Schuldner nach dem Wortlaut des art. 1147 code civil bereits dann einen Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung, wenn er diesem objektiv die Nichterfüllung nachweist, gleichgültig, ob der Schuldner sie verschuldet hat oder nicht¹²⁾. Der Schuldner, in unserem Fall die Depotbank, kann sich von seiner Rückgabepflicht dadurch befreien, wenn er seinerseits nachweist, dass er an der Erbringung seiner Leistung durch einen nicht in seiner Person liegenden Umstand (cause étrangère des art. 1147 code civil) gehindert wurde oder die Leistungsstörung Folge von höherer Gewalt (force majeure) oder Zufall war (cas fortuit). Obwohl art. 1147 code civil die Schadenersatzpflicht mit keinem Wort an ein schuldhaftes Handeln knüpft, sondern dafür lediglich die objektive Nichterfüllung des Vertrages genügen lässt, geht die überwiegende Meinung der französischen Lehre¹³⁾ davon aus, dass für die Begründung einer Schadenersatzpflicht nach art. 1147 code civil ein schuldhaftes Handeln erforderlich ist, indem sie den Begriff der inexécution mit dem der "faute"¹⁴⁾ gleichsetzt. Der Wortlaut der Begründungen variiert, läuft jedoch immer darauf hinaus, dass derjenige, der seine Vertragsverpflichtungen

11) Ferid, 2 A 50; Mazeaud-Tunc, S. 114 und 118;

12) Constantinesco, S. 232; Mazeaud-Tunc, a.a.O., note 103;

13) Colin-Capitant, note 76; Ripert-Boulanger, t. 2, note 78; Planiol-Ripert-Esmein, t. 7, note 788; Dalloz, faute, note 22 und 26;

14) Faute = schuldhaftes Handeln;

nicht erfüllt, bereits schuldhaft handelt¹⁵⁾. Der französischen Lehre hat es viel Mühe bereitet, anstelle der nach dem Wortlaut des art.1147 code civil zutreffenden Theorie der objektiven Haftung, wonach das objektive Vorliegen der Nichterfüllung schadenersatzpflichtig macht, die Theorie der Verschuldenshaftung zu setzen¹⁶⁾. Obwohl auch die französische Rechtsprechung¹⁷⁾ ein Verschulden für die Begründung einer Schadenersatzpflicht nach art.1147 code civil voraussetzt, ist der Widerspruch, der bei Gleichsetzung von inexécution und faute entsteht, evident. Wenn einerseits die Nichterfüllung des Vertrages ohne schuldhaftes Handeln bereits die Schadenersatzpflicht begründet, so erscheint es unerklärlich, wieso die Nichterfüllung identisch sein soll mit der faute, dem Verschulden des Schuldners. Entweder reicht das objektive Vorliegen der Nichterfüllung allein aus, um die vertragliche Haftung des Schuldners zu begründen oder es ist dafür zusätzlich noch ein Verschulden erforderlich; setzt man jedoch inexécution mit faute gleich, so lässt sich dogmatisch nicht erklären, wieso das objektive Vorliegen der Nichterfüllung nicht ausreichen soll, um den Schuldner schadenersatzpflichtig zu machen.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass nach überwiegender Literaturmeinung und nach der Rechtsprechung die Depotbank nur schadenersatzpflichtig wird, wenn sie durch schuldhaftes Handeln nicht imstande ist, die Effekten an den Hinterleger zu-

15) Colin-Capitant, a.a.O., note 76: "Le débiteur est en faute du moment qu'il n'exécute pas la prestation qu'il doit"; Ripert-Boulanger, note 785: "Le débiteur qui n'exécute pas l'obligation qu'il a assumé commet une faute";

16) Constantinesco, note 169;

17) Poitiers, 28.10.1930, S.1931.1.280; Paris, 28.7.1930, S. 193.2.10;

rückzugeben (art.1944 i.V. mit art.1147 code civil). Dogmatisch lässt sich diese Auffassung schlecht begründen.

Die Depotbank ist gegenüber dem Hinterleger verpflichtet, die ihr anvertrauten Wertpapiere nach art.1927 code civil in ihre Obhutspflicht zu nehmen (obligation de moyen); sie darf aus den verwahrten Wertpapieren keinerlei Vorteile ziehen, es sei denn der Depotkunde ermächtigt sie zum Verkauf oder zur Verpfändung der Wertpapiere.

Die Depotbank haftet bei Verletzung ihrer Obhutspflicht nicht wie bei einem unentgeltlichen Verwahrungsvertrag nach den Grundsätzen der *diligentia quam in suis*, sondern es tritt, da der Depotvertrag entgeltlich ist, die schärfere Haftung des art.1938 Abs.2 i.V. mit art.1137 code civil ein. Danach hat der Verwahrer die ihm anvertraute Sache mit der Sorgfalt eines guten Familienvaters zu behandeln. Die Verwahrungspflicht ist dann verletzt, wenn die verwahrte Sache nicht mit der Sorgfalt behandelt wird, wie sie ein mit durchschnittlichen Fähigkeiten begabter Franzose behandeln würde¹⁸⁾. Handelt es sich bei dem Verwahrer um eine Person, an die besondere Anforderungen gestellt werden, z.B. bei einem Arzt, Rechtsanwalt, Bankier etc., so hat diese gegenüber der Sache diejenige Obhutspflicht, die eine mit durchschnittlichen Fähigkeiten begabte Person dieser Branche haben würde¹⁹⁾.

18) Tunc in D.C. 1943 J17 (19) I A, b: "Le bon père de famille, c'est un bon français moyen";

19) Tunc, a.a.O., S.19;

2. Die Verwaltung der Wertpapiere durch die Depotbank

Die Depotbank ist gegenüber dem Hinterleger nicht nur verpflichtet, die Wertpapiere in ihre Obhut zu nehmen, sondern sie hat auch die Verpflichtung, die Wertpapiere zu verwalten²⁰⁾. Diese Verpflichtung resultiert mangels einer Vereinbarung zwischen dem Hinterleger und der Depotbank aus einem Vertrag (contrat accessoire)²¹⁾, der neben dem Depotvertrag konkludent aufgrund von Bankusancen zustandekommt²²⁾. Rechtsprechung und Literatur sehen in diesem Vertrag ein Auftragsverhältnis²³⁾. Danach ist die Depotbank verpflichtet, die Zins- und Dividendenscheine einzulösen, den Bezug von Gratisaktien zu sichern und Sorge dafür zu tragen, dass die Erneuerung von Dividendenscheinbögen erfolgt²⁴⁾. Für diese Verwaltungsmassnahmen ist die Mitwirkung des Hinterlegers nicht erforderlich. Will die Depotbank Bezugsrechte für den Hinterleger der Wertpapiere geltend machen oder deren Verkauf vornehmen, so hat sie dies jenem mitzuteilen²⁵⁾. Reagiert der Wertpapierinhaber auf

20) Juglart-Ippolito, t.4, note 1612 Nr.2; vgl. Gambert, S.63;

21) Das französische Recht kennt gemischte Verträge; wird mit der Aufzuehrung einer Sache eine besondere Betreuung verbunden, so liegt ein gemischter Vertrag vor; insbesondere werden das Wertpapierdepot und der Safevertrag bei Banken dazu gerechnet (vgl. Ferid, 2 H 149, Anm. 4; Planiol-Ripert-Boulanger, t.III Nr.2285 ff.); vgl. auch Savatier in D. Chron. 1972.137 (146); Vasseur, fasc.7, S.680;

22) Juglart-Ippolito, a.a.O.; vgl. Gavalda, S.804, note 584;

23) cass. comm. 12.7.1971 D.S.1972.753 note Gavalda; Paris 12.1963 Gaz. Pal. 1641.7.356 note Calmon; Banque 1949. 102 note X. Marin; Ripert-Roblot, note 2766;

24) Harel-Lagarde-Jauffret, note 7843;

25) Ripert-Roblot, note 2766; Juglart-Ippolito, note 1612; Seine 16.12.1924 S.1925.2.57; Paris 16.6.1926 rev. du dr. bancaire 1926.32; vgl. Banque 1926.211 note X. Marin;

diese Mitteilung nicht, so ist die Depotbank berechtigt, die Bezugsrechte vor Verfall zu verkaufen²⁶⁾.

Die Depotbank hat jedoch weder das Recht, die Wertpapiere zu veräußern noch zu verpfänden, noch die Berechtigung, für den Inhaber der Wertpapiere das Stimmrecht in der Hauptversammlung auszuüben²⁷⁾.

Bei der Verwaltungspflicht der Depotbank nach den Vorschriften des "mandat" handelt es sich um eine obligation de moyen (art.1992 code civil); bei Verletzung dieser Verwaltungspflicht haftet die Depotbank wie ein "bon professionnel de la même catégorie"²⁸⁾, d.h. sie muss nach art.1137 code civil diejenige Sorgfalt anwenden, die ein mit den Bankusancen vertrauter Bankier anwenden würde²⁹⁾.

3. Dépôt régulier

Bei der Wertpapierverwahrung in der Depotbank handelt es sich um ein dépôt régulier; die Wertpapiere werden von der Depotbank mittels eines bordereau durch Nummern gekennzeichnet und von anderen Beständen getrennt, damit ihre Individualität erhalten bleibt.

Der Hinterleger bleibt Eigentümer der Wertpapiere. Er kann die Wertpapiere also nicht nur aufgrund

26) Poitiers, 28.4.1948 D. 1948.353;

27) Juglart-Ippolito, t.4, note 1612 Nr.2;

28) Gavalda, Ann. zu cass. comm. 12.7.1971 D.S.1972.153 (154);

29) s.Seite 20;

von art.1944 code civil herausverlangen, sondern auch mit der rei vindicatio³⁰⁾.

Für die verwahrten Wertpapiere erhält der Hinterleger eine Empfangsbescheinigung (récépissé³¹⁾), aus der die Anzahl der verwahrten Wertpapiere und die einzelnen Streifbandnummern ersichtlich sind. Obwohl dieses réceptionssé keinerlei Repräsentationsfunktion für die verwahrten Wertpapiere hat, genügt dessen Vorlage doch für die Ausübung des Stimmrechts in der Vollversammlung der entsprechenden Aktiengesellschaft³²⁾; des weiteren genügt die Übergabe des réceptionssé für die wirksame Verpfändung der verwahrten Wertpapiere³³⁾.

II. Die Girosammelverwahrung in Frankreich

1. Geschichtliche Entwicklung

Der Versuch der Lieferung von Effekten, ohne die Papiere tatsächlich bewegen zu müssen, wurde in Frankreich schon sehr früh unternommen. Bereits

30) Ripert-Roblot, note 2167; Ferid, 3 B 37; Planiol-Ripert, t.11, notes 1168 und 1170; vgl. Seine 18.10.1922 D.P. 1924.2.139 note Legris;

31) Dieses réceptionssé ist kein Ersatz für das verwahrte Wertpapier; bei Vorlage des réceptionssé ist die Depotbank verpflichtet, Identität und Nummern der Wertpapiere zu überprüfen; der Verlust dieser Empfangsbescheinigung bedeutet keineswegs den Verlust des in der Wertpapierurkunde verbrieften Rechts (vgl. Lille, 10.3.1903 D.P. 1904.2.206; verlangt jedoch ein Nichtberechtigter durch Vorlage des réceptionssé die Herausgabe der Wertpapiere von der Depotbank und ist diese nicht in der Lage, darzutun, dass die Empfangsbescheinigung zu Unrecht ausgestellt wurde, so kann der Inhaber des réceptionssé die Herausgabe der Wertpapiere verlangen. (Dunkerque, 30.11.1955 Banque 1956, 647));

32) Paris, 6.7.1842 D.P. 94.2.598; Marseille, 23.12.1885 journ. soc. 87.149;

33) Seine, 3.7.1906 Gaz. Pal. 1906.2.520;

im Jahre 1854 konnten sowohl Börsenmakler und Banken als auch Privatpersonen Effektenkonten bei der Banque de France einrichten. Die bei der Bank von Frankreich verwahrten Papiere wurden nach Arten getrennt, zu je 25 Stück gebündelt³⁴⁾ und mit einer Art Streifband (imprimés spéciaux) versehen; an dieses Streifband war ferner eine Liste geheftet, in der die Nummern der 25 Wertpapiere aufgeführt wurden³⁵⁾. Die von der Banque de France vorgenommenen Buchungen erfassen die Effekten nicht nur mengen-, sondern auch nummernmässig. Bei der Übertragung von Konto zu Konto musste daher nicht nur die Streifbandnummer, die die Art der Wertpapiere kennzeichnete, sondern auch die einzelnen Nummern der sich in dem zu 25 Stück gebündelten Streifband befindlichen Wertpapiere buchungsmässig erfasst werden. Da sich die Banque de France nicht dazu entschliessen konnte, auf eine nummernmässige Erfassung der Wertpapiere zu verzichten, war der Arbeitsaufwand der Bank durch die Einrichtung der Effektenkonten nicht geringer geworden; sowohl die Bank als auch die Hinterleger mussten die Buchungsposten Nummer für Nummer verfolgen. Abgesehen von der Schwerfälligkeit dieses Verfahrens stand die Öffentlichkeit der Einrichtung der Effektenkonten aufgrund ihrer individualistischen Grundhaltung feindlich entgegen³⁶⁾; nur wenige Konten wurden eröffnet. Gegen Ende des Jahres 1856 löste die Bank von Frankreich die Effektenkonten auf.

34) Die Übertragung von Konto zu Konto erfolgte nur in Mengen zu 25 Stück;

35) vgl. Gambert, S.24; Roux, S.90; Escarra, t.6, note 1001; Juriscl. Banque et Bourse, fasc. 16 note 2;

36) vgl. Juriscl., a.a.O., note 2;

Im Jahre 1881 wurde eine weitere Anstrengung im Hinblick auf die stückelose Lieferung der Effekten gemacht, wenn diese auch nur unter Börsenmaklern erfolgen konnte (Le dépôt des Syndicats des Agents de change à la Banque de France). Die Lieferung der Effekten unter den Börsenmaklern beruhte auf indossierbaren Depotbescheinigungen (récépissés indossables); da die Bank von Frankreich nicht bereit war, diese récépissés indossables auszustellen, übernahm diese Aufgabe die Börsenmaklerkammer. Die Lieferung der Effekten erfolgte folgendermassen:³⁷⁾

Der Börsenmakler B_1 hinterlegt die Effekten bei der Banque de France auf den Namen der Börsenmaklerkammer; dafür erhält er von der Bank von Frankreich eine Empfangsbescheinigung, ausgestellt auf den Namen der Börsenmaklerkammer; auf Vorlage dieser Bescheinigung bei der Börsenmaklerkammer erhält B_1 von dieser eine indossierbare Depotbescheinigung, aufgrund deren er die bei der Banque de France verwahrten Effekten mittels Indossament auf den Börsenmakler B_2 übertragen kann. Will B_2 die materielle Lieferung der Effekten, so legt er den récépissé bei der Börsenmaklerkammer vor, die ihm die Empfangsbescheinigung der Banque de France aushändigt, aufgrund deren er die entsprechenden Wertpapiere von der Bank von Frankreich herausverlangen kann. Bei diesem System werden zwar die Effekten nicht bewegt, an deren Stelle ist jedoch die Übergabe der indossierbaren Depotbescheinigungen erforderlich. Von einer wesentlichen Vereinfachung des Lieferungsverkehrs kann daher noch nicht gesprochen werden.

37) vgl. Gambert, S.25 ff.;

Im Jahre 1905 wurde auf Initiative der Kammer der Bankiers für Börsentermingeschäfte (Chambre syndicale des banquiers en valeurs à terme) ein Entwurf erstellt, der zum ersten Mal die Rückgabe der verwahrten Effekten lediglich nach Art und Menge ohne nummernmässige Kennzeichnung vorsah³⁸⁾.

Dieser Gedanke wurde erst mit dem Gesetz vom 18.6.1941 verwirklicht, in dem die Gründung der C.C.D.V.T. (Caisse centrale de dépôt et de virement de titres) beschlossen und den Eigentümern von Inhaberaktien verbindlich vorgeschrieben wurde, diese Papiere bei der Caisse Centrale in Verwahrung zu geben. Der Erlass dieses Gesetzes beruhte auf der Vorstellung, dass Aktien grundsätzlich nur in Form von Namensaktien ausgegeben werden sollten; wenn dieses Gesetz die Ausgabe von Inhaberaktien nicht verbot, dann eben nur unter der Bedingung, dass jeder Inhaber dieser Aktien verpflichtet war, sie in Sammelverwahrung zu geben, um dem französischen Staat die Kontrolle des Aktienmarktes zu ermöglichen³⁹⁾ und die ständige Kapitalflucht zu verhindern⁴⁰⁾.

2. Die Eingliederung der Effekten in das System der S.I.C.O.V.A.M.

Durch Dekret vom 4.8.1949⁴¹⁾ wurde die C.C.D.V.T. aufgelöst und die S.I.C.O.V.A.M. (société inter-

38) art. 16 dieses Entwurfes: "Sur l'ordre des déposants la Caisse effectuera les virements et les livraisons de titres en quantité sans spécification des numéros"; vgl. Gombert, S.55; Juriscl. Banque et Bourse, fasc.16 note 5;

39) Juriscl. comm. art.76 fasc. 8 note 71; Escarra, t.3, note 1244;

40) Rodière-Houin, note 430; Avéran-Morteau, S.74;

41) geändert durch VO vom 13.12.1957; 24.6.1960; 14.9.1964; 3.6.1969 und 18.3.1971;

professionnelle pour la compensation des valeurs mobilières) ins Leben gerufen; nach art.5 Abs.1 dieser VO besteht ihre Aufgabe darin, die Übertragung der Effekten zwischen den ihr angeschlossenen Depotbanken (adhérants) von Konto zu Konto zu erleichtern. Nach art. 5 und 6 der VO kann die S.I.C.O.V.A.M. für Banken, Börsenmakler, sowie für jede öffentliche oder private Organisation, deren Wirkungskreis auf dem Gebiet des Bank- und Börsenwesens liegt, ein Effektenkonto einrichten. Gibt der Depotkunde seine Wertpapiere bei einer der S.I.C.O.V.A.M. angegliederten Bank in Verwahrung, so gilt diese nach art.5 Abs.3 i.V. mit art.10 Abs.4 als ermächtigt, die Wertpapiere bei der S.I.C.O.V.A.M. zu verwahren, vorausgesetzt, dass sie sammeldepotfähig sind und der Hinterleger nicht innerhalb von fünf Tagen nach Verwahrung der Papiere bei der Depotbank dieser gegenüber eine Erklärung abgibt, dass er eine Streifbandverwahrung wünsche. Da die Eingliederung der Wertpapiere in das System der S.I.C.O.V.A.M. ab dem 6. Tag nach Verwahrung bei der Depotbank mangels eines gegenteilig geäußerten Willens des Hinterlegers automatisch erfolgt, ist die der S.I.C.O.V.A.M. angegliederte Depotbank verpflichtet, zum Schutze ihrer Depotkunden in ihren Geschäftsräumen darauf hinzuweisen, dass sie Inhaber eines Effektenkontos bei der S.I.C.O.V.A.M. ist⁴²⁾.

3. Sammeldepotfähigkeit der Effekten

Gemäss art.4 der VO können folgende Wertpapiere bei der S.I.C.O.V.A.M. verwahrt werden:

42) nach art. 10 Abs. 5 der VO; vgl. Ripert-Roblot, note 1759;

- 1) Inhaberaktien, die an der offiziellen Börse notiert sind;
- 2) Inhaberschuldverschreibungen und Wandelschuldverschreibungen bis zum Ablauf der Umtauschfrist;
- 3) Alle anderen an der Börse notierten oder nicht notierten Wertpapiere nach Zustimmung des Ministers für Wirtschaft und Finanzen;
- 4) Ausländische Namenspapiere können nach art.19 der VO in das System der S.I.C.O.V.A.M. eingliedert werden, indem die Eigentümer dieser Papiere die S.I.C.O.V.A.M. ermächtigen, die Namenspapiere auf deren Namen umzuschreiben. Zwischen den Wertpapierinhabern und der S.I.C.O.V.A.M. besteht laut art.19 Abs.1 der VO ein Auftragsverhältnis.
- 5) Ferner kann die S.I.C.O.V.A.M. ausländische Wertpapiere jeder Art in ihr System eingliedern, vorausgesetzt, dass der Minister für Wirtschaft und Finanzen seine Einwilligung erteilt und die Wertpapiere mit dem Effekten giroverkehr vereinbar sind.

4. Der "volant" - Der Wertpapierhandbestand der Depotbank

Ab dem 6. Tag der Verwahrung der Wertpapiere durch die Depotbank werden diese automatisch dem System der S.I.C.O.V.A.M. eingegliedert.

Ab diesem Zeitpunkt hat der Hinterleger nach art.9 Abs.1 und Abs.2 der VO nur noch einen Anspruch auf Rückgabe von Wertpapieren der gleichen Art.

Die Depotbank verwahrt jedoch nicht alle Wertpapiere bei der S.I.C.O.V.A.M., sondern behält einen

gewissen Teil der Papiere in ihrem Handbestand zurück, um Herausgabeansprüche ihrer Depotkunden schneller befriedigen zu können⁴³⁾.

Die Verfasser der VO vom 4.8.1949 haben die Einrichtung eines "volant" nicht ausdrücklich geregelt; dessen Zulässigkeit ergibt sich jedoch aus art.11 Abs.2 der VO, wonach die Hinterleger der Wertpapiere gegenüber der Depotbank dieselben Rechte haben, gleichgültig, ob die Wertpapiere noch in der Depotbank lagern oder bereits bei der S.I.C.O.V.A.M. verwahrt sind, ferner aus art.12 Abs.1 Satz 1 der VO, wonach die Hinterleger im Falle des Konkurses der Depotbank einen Aussonderungsanspruch sowohl der bezüglich in der Depotbank lagernden als auch der bei der S.I.C.O.V.A.M. verwahrten Wertpapiere geltend machen können.

Die VO vom 4.8.1949 geht von einem einheitlichen Bestand der sich in der Sammelverwahrung befindlichen Wertpapiere aus, wobei der Handbestand ab dem 6. Tag nach Verwahrung durch die Depotbank ein Teil dieses einheitlichen Bestandes ist⁴⁴⁾.

5. Die Eigentumsverhältnisse an den sammelverwahrten Effekten

a) Die Fungibilität der Wertpapiere

Da der Hinterleger nach art.9 der VO vom 4.8.1949 nur noch einen Anspruch auf Rückgabe der Wertpapiere der gleichen Art und Menge hat, werden die Wertpapiere mit dem Eintritt in das System der

43) Avéran-Horteur, note 61;

44) art.12 I, 1 VO: "...existant dans l'établissement ou versés à son compte courant";

S.I.C.O.V.A.M. fungibel⁴⁵⁾. Fungibel sind Sachen dann, wenn eine aufgrund ihrer Ununterscheidbarkeit zur anderen durch diese ersetzbar ist⁴⁶⁾. So sind Wertpapiere einer Emission von Natur aus fungibel, da eines vom anderen nicht unterschieden werden kann. Der Begriff der Fungibilität ist nicht mit dem der Vertretbarkeit von Sachen nach § 91 BGB identisch; für die Fungibilität von Sachen genügt es nicht, dass sie wägbar, zählbar und messbar sind, vielmehr beinhaltet der Begriff der Fungibilität ferner, dass es sich um Sachen gleicher Art und Güte handelt⁴⁷⁾; daher sind fungible Sachen nach französischer Auffassung weitgehend gleichzusetzen mit dem Begriff von Gattungssachen⁴⁸⁾. Fungible Sachen können jedoch ihre Fungibilität durch ihren Gebrauch⁴⁹⁾ oder durch besondere Kennzeichnung verlieren; so werden Wertpapiere zu bestimmten Sachen (*choses certaines*), wenn sie durch Nummern gekennzeichnet sind⁵⁰⁾. Aus dem Gegensatz von Gattungssachen (fungible Sachen) zu Speziessachen ergibt sich, dass Wertpapiere dann fungibel werden, wenn sie ihre Indi-

45) so die Rechtsprechung und Lehre: Paris 2.12.1963, D.1965.377 note Bertand; Paris 22.3.1965 JCP 1965 IV 119; Dalloz, Dr. civil, biens, note 12; Goré JCP 1951 I 948 nr. 15; Ripert-Roblot, note 1755; Rodière-Rives-Langes, note 408;

46) Dalloz, biens, note 8; Ripert-Boulanger, t.1, note 528; Jeantet, S.175 und 178; Dalloz, dépôt, note 166; Ripert-Roblot, note 1740; Humbert, S.15 und 20; Jaubert in rev. de dr. civ. 1945.75(77) und 84: "Le fondement de la fungibilité c'est donc bien, semble-t-il, un pouvoir litératoire identique entre deux choses qui présentent entre elles une similitude de fait";

47) Jaubert in rev. de dr. civ. 1945.75(84): "on peut mesurer 100 litres de vin qui appartiennent à des récoltes différentes, ils ne sont cependant pas fungibles";

48) Jaubert, a.a.O., S.85: "Les choses fungibles sont des choses de genre"; vgl. Marty-Raynaud, t.1, note 299;

49) Jaubert, a.a.O., S.85: "Deux livres de la même série sont fungibles quand ils sont neufs, ils perdent cette qualité, quand ils sont abîmés";

50) Jaubert, a.a.O., S.85;

vidualität verlieren, d.h. wenn das Wertpapier weder durch Nummern noch durch Namensnennung dem Rechtsinhaber zugeordnet werden kann⁵¹⁾. Der Mangel der Individualisierung, die Fungibilität einer Sache, kann in ihrer Natur begründet sein, kann aber auch auf Parteivereinbarung⁵²⁾ oder auf Gesetz beruhen⁵³⁾.

b) Dépôt irrégulier - Dépôt régulier

Aufgrund der Regelung des art.9 der VO könnte man nun annehmen, bei der Sammelverwahrung handele es sich um ein dépôt irrégulier⁵⁴⁾. Ein dépôt irrégulier liegt dann vor, wenn der Hinterleger gegenüber dem Verwahrer einen Anspruch auf Rückgabe von Sachen der gleichen Art und Menge hat; der Verwahrer wird Eigentümer der Sache; im Falle des zufälligen Unterganges oder der Verschlechterung der Sache trägt er die Leistungsgefahr.

Gegen die Annahme eines dépôt irrégulier spricht jedoch die Tatsache, dass die VO in ihren Artikeln 11 und 12 eindeutig von der Eigentümerstellung des Hinterlegers ausgeht. Trotz dieser eindeutigen Regelung geht ein Teil⁵⁵⁾ der französi-

51) Ripert-Roblot, note 1740: "Cette fungibilité... se caractérise par le défaut d'individualisation de la chose, car les titres de bourse ont été longtemps individualisés, soit par le nom du titulaire, soit par le numéro d'ordre"; vgl. Jaubert, a.a.O., S.85, der von "absence d'individualisation" spricht;

52) Planiol-Ripert-Boulanger, a.a.O., note 528; Mazeaud, t.1, note 237; Ferid, 3 H 57; Dalloz, biens, note 10; Veaux-fournerie, note 6; Humbert, S.25; Jaubert, a.a.O., S.79;

53) vgl. Voirin in Anm. zu Besançon 5.5.1943 D.1945.1.36 (41); Jaubert, a.a.O., S.101;

54) Dalloz, val.mob., note 124;

55) Rousseau in JCP 1942.1.290, note 34, 37, 38, 39; Kaeslin in rev. gén. de dr. comm. 1943.273 ff., note 19; vgl. Delorme, S.88; Avéran-Morteau, note 223, S.168; Jaubert in RDC 1945, S.84 und 85; Jeantet in Journ.scc. 1945, S.176: "Tout concorde à confirmer que la fungibilité implique nécessairement l'existence d'un rapport de droit". - vgl. Contrucci, S.112.

schen Lehre davon aus, dass in dem Augenblick, in dem die Wertpapiere fungibel werden, sich das Eigentum des Hinterlegers in ein blosses Forderungsrecht umwandelt, auch wenn der Gesetzgeber vom Eigentum des Hinterlegers an den Wertpapieren ausgehe.

Ein anderer Teil⁵⁶⁾ anerkennt trotz Vertretbarkeit der Wertpapiere die Eigentümerstellung des Hinterlegers; nach dieser Auffassung bilden die hinterlegten Wertpapiere in Anlehnung an die Gemeinschaft des § 741 BGB als Ganzes gesehen und nach Wertpapierarten geordnet, eine Speziessache⁵⁷⁾; der Inhaber dieser Wertpapiermenge ist die Gesamtheit der Hinterleger der Wertpapiere einer Art (*dépôt collectif*)⁵⁸⁾. Danach können die Hinterleger die Wertpapiere nur gemeinsam herausverlangen.

Nach der überwiegenden Meinung⁵⁹⁾ in der französischen Literatur handelt es sich bei der Verwahrung im "compte courant de titres" um ein *dépôt régulier*; für die Richtigkeit dieser Auffassung spricht, dass nach art. 9 und 11 der VO die Hinterleger das Risiko des Unterganges und des Verlustes der Wertpapiere gemäss ihrem Anteil am Gesamtbe-

56) Ripert-Boulanger, t.3, note 2278; vgl. Ripert-Roblot, note 1764; Vasseur in D.1963.595 (601): "Il apparaît en effet juridiquement possible d'affirmer que cette masse de titres forment globalement, et par catégorie un corps certain...";

57) Der dogmatische Hintergrund für diese Auffassung besteht darin, dass nach französischem Recht dingliche Rechte nur an Speziessachen bestehen können (Ferid, I C 113 und A 15 ff.); Dalloz, dr. civil, biens, note 12; Ripert-Boulanger, t.1, note 663: "Le droit réel ne peut jamais exister qu'à l'occasion d'une chose déterminée";

58) Begriff aus dem deutschen Recht übernommen;

59) Avéran-Horteur, note 247; Escarra-Rault, t.3, S.355; Goré in JCP 1951 I 948, note 152 und 154; Guyénot in RDC 1961.269(271); Jauffret, note 327; Rodière, note 287; "Genera non pereunt"; vgl. Dalloz, dr. civil, *dépôt*, note 114; Dalloz, a.a.O., biens, note 9; Aubry-Rau, t.2, note 33, Anm.4;

stand einer Art tragen. Bei dem dépôt irrégulier trägt die Sachgefahr jedoch der Verwahrer.

c) Vom Spezialitätsgrundsatz zur Anerkennung dinglicher Rechte an fungiblen Sachen

Die VO vom 4.8.1949 geht in ihren Artikeln 9, 11 und 12 vom Eigentum der Hinterleger an den fungiblen Wertpapieren aus. Dies widerspricht der klassischen Auffassung des französischen Rechts, dass dingliche Rechte grundsätzlich nur an Speziessachen⁶⁰⁾ bestehen können.

Im Laufe des 19. Jahrhunderts hat die französische Lehre die "doctrine classique"⁶¹⁾ entwickelt,

60) vgl. Ferid, 3 A 15 und 2 F 75 und 76; dass ein dingliches Recht grundsätzlich nur an einer Speziessache bestehen kann, zeigt sich deutlich beim Eigentumsübergang von Gattungssachen; obwohl nach art. 1582 Abs.2 code civil vertragliche Ansprüche bereits entstanden sind, gilt der Kaufvertrag erst mit der Konzentration geschlossen (vgl. Planiol-Ripert-Boulanger, t.3, note 1592; cass. 30.6.1925 D.1927.1.29);

61) Gegen Ende des 19. Jahrhunderts entwickelte insbesondere Planiol (t.1, note 2158 ff. (1889)) gegenüber der doctrine classique die "théorie personnaliste"; diese Theorie hat versucht, das Wesen des dinglichen Rechts als ein Schuldverhältnis zu begreifen. Nach dieser Auffassung kann ein Recht nur durch den Kontakt zu Personen entstehen (ubi non est societas, ibi non est potest ius); als Beispiel wird immer wieder Robinson Crusoe genannt, der allein auf seiner Insel kein Eigentum erwerben kann, da er keine Konflikte mit anderen Menschen zu regeln hat (vgl. Rigaud, S.135). Der Eigentümer kann kein unmittelbares Recht an der Sache haben, sondern er hat nur ein Recht, gegenüber allen Personen, die mit der Sache in Berührung kommen, zu verlangen, dass sie die Sache als sein Eigentum respektieren (obligation passive universelle); vgl. Rigaud, S.137: "Le titulaire du droit réel n'a pas un droit sur la chose, encore moins un droit direct et immédiat; il a seulement le droit d'exiger de tous les individus à la règle de droit dont il est bénéficiaire une abstention à l'occasion de la chose de tous les actes matériels et juridiques..."; (vgl. Marty-Raynaud, t.1, note 304, S.484); d.h. er kann von dem mit seinem Eigentum in Berührung kommenden Dritten ein Nicht-Tun verlangen. Das dingliche Recht ist daher, da es sich nur in der Berührung Dritten gegenüber manifestiert, als Schuldverhältnis zu begreifen. Die personalistische Auffassung hat sich in der französischen Lehre nicht durchsetzen können (vgl. Ferid, 1 C 20; Marty-Raynaud, t.1, note 305);

nach der dingliche Rechte nur an bestimmten Sachen bestehen können. Nach dieser Auffassung gibt das dingliche Recht dem Berechtigten eine unmittelbare Herrschaft über die Sache⁶²⁾. Das Eigentumsrecht gibt seinen Rechtsinhabern den "droit de suite", h.h. das Verfolgungsrecht erga omnes; aufgrund dieses droit de suite kann der Eigentümer einer Sache diese gegenüber jedem Dritten mit Einschränkung des art.2279 code civil⁶³⁾ herausverlangen; aufgrund dieses dem Eigentumsrecht innewohnenden⁶⁴⁾ droit de suite folgt nach Auffassung der klassischen Lehre, dass dingliche Rechte nur an bestimmten Sachen bestehen können, da sonst die Herausgabe einer Sache mangels Beweises des Eigentumsrechts an ihr nicht möglich sei⁶⁵⁾. Zwischen dem dinglichen Recht, Eigentum und der Sache muss daher eine klare Zuordnung bestehen; diese ist nur möglich, wenn es sich um "choses certaines" handelt.

Im folgenden ist nunmehr zu untersuchen, ob die französische Rechtsprechung und Gesetzgebung in Abweichung von diesem Grundsatz die Existenz dinglicher Rechte an vertretbaren Sachen anerkannt hat und wenn ja, ob die Hinterleger der sich im System der S.I.C.O.V.A.M. befindlichen Wertpapiere gemäss art.815 i.V. mit art.573 Abs.2 code civil eine "copropriété indivise" bilden.

62) Demolombe, t.11, note 473; Marty-Raynaud, t.1, note 303 und 306; Mazeaud-Juglart, t.1, note 172, S.211; Rigaud, S.118: "Pour pouvoir se dire propriétaire ou titulaire d'un droit réel sur une chose, il faut forcément l'indiquer or cela est impossible s'il s'agit d'une chose indéterminée" vgl. auch Ferid, 1 C 19; Dupont-Delestraint, note 1; Planiol-Ripert-Picard, t.3, note 45;

63) siehe Seite 5 ff;

64) vgl. Dalloz, gage, note 104 ff.; Dalloz, Nouv. Rép., propriété, note 46;

65) vgl. Rigaud, S.118;

Eine der ersten Entscheidungen der französischen Rechtsprechung, die sich mit dem Problem dinglicher Rechte an "choses fongibles" befasst hat, ist der arrêt vom 10.3.1915⁶⁶⁾, in dem der Kassationshof unter anderem die Frage erörtert, ob ein Pfandrecht an vertretbaren Sachen bestehen kann. In dieser Entscheidung ging es um die Verwahrung von Getreide in einem öffentlichen Lagerhaus⁶⁷⁾ (magasins généraux⁶⁸⁾); der Hinterleger hatte das eingelagerte Getreide mit Hilfe eines Warrant an seinen Darlehensgeber verpfändet und mit ihm vereinbart, dass das Getreide durch Getreide gleicher Art und Güte ersetzt werden könne. Nach französischem Recht ist zur Entstehung eines Pfandrechts an beweglichen Sachen nach art.2071 i.V. mit art.2076 code civil die Übergabe des Pfandgegenstandes an den Pfandgläubiger oder an einen zwischen den Parteien vereinbarten Dritten (tiers convenu) erforderlich. Der Pfandgegenstand ist daher spätestens im Zeitpunkt der

66) cass. req. S.1916.1.15; vgl. Veaux-Fournerie, note 3, S. 128; Planiol-Ripert-Becqué, t.12, note 89;

67) vgl. Voegeli, S.87, Anm. 3: "Der Lagerhalter nimmt die Stellung eines Pfandhalters (tiers convenu) ein, so dass ein echtes Faustpfand entsteht, was bei den übrigen warrants nicht der Fall ist.

68) Die Verwahrung im öffentlichen Lagerhaus:
Ein Kaufmann, der seine Waren in einem öffentlichen Lagerhaus einlagert, erhält vom Lagerhalter ein Lagerwertpapier, das aus zwei zusammenhängenden, hinsichtlich der Warenbeschreibungen gleichwertigen Titeln besteht (vgl. Voegeli, S.86); der récépissé-warrant und der warrant (vgl. Granger, S. 175 und 178); während ersterer das Eigentum an den eingelagerten Waren verkörpert und dazu dient, die eingelagerten Waren zu veräußern oder den Herausgabeanspruch gegenüber dem Verwahrer geltend zu machen, dient letzterer nach Abtrennung durch ersteren der Verpfändung der eingelagerten Waren. Bei dem warrant handelt es sich um ein Orderpapier, die Übertragung erfolgt daher durch Indossament (Dalloz, dr. civil, gage, note 213; Granger, S. 156); die Waren verbleiben im Lagerhaus: der Lagerhalter ist tiers convenu; (vgl. Mazeaud, t.3, note 67):

Übergabe bestimmt⁶⁹⁾. Im Zeitpunkt der Übergabe an den Lagerhalter wurde das Getreide durch Konzentration zu einer "chose déterminée"⁷⁰⁾.

Obwohl die Frage des Bestehens eines Pfandrechts an vertretbaren Sachen gar nicht entscheidungsreif war, führte der Kassationshof aus, dass eine Pfandsache grundsätzlich bestimmt sein müsse, dass aber dann, wenn der Pfandgegenstand durch Sachen gleicher Art und Menge ersetzt werden könne, der Bestimmtheitsgrundsatz mit weniger Schärfe anzuwenden sei; der Pfandgegenstand würde in diesem Fall aufgrund der "subrogation réelle", die ihren Grund wiederum aus der Vertretbarkeit der Sache herleite⁷¹⁾, durch Sachen gleicher Art und Güte ersetzt.

Der Kassationshof hat in seiner Entscheidung zwar implizit⁷²⁾ von der Existenz eines Pfandrechts an vertretbaren Sachen gesprochen, als endgültige Anerkennung des Bestehens dinglicher Rechte an vertretbaren Sachen kann dieser arrêt jedoch nicht gewertet werden, da die Vertretbarkeit der Sache mit der Übergabe an den "tiers convenu" endete und ab diesem Zeitpunkt eine Speziessache vorlag.

69) vgl. Veaux-Fournerie, S.138: "Les choses fongibles peuvent être l'objet d'un gage, la tradition faite suffisant à les individualiser"; Dalloz, dr.civil, gage, note 34; Ripert-Boulanger-Planiol, t.3, note 1161;

70) vgl. Vivier, note 3, S.301; vgl. auch Gambert in rev. de dr.civ. 1945.75(95);

71) Mit dieser Begründung hat der Kassationshof zwei Begriffe, fongibilité und subrogation réelle, die in keinerlei Beziehung zueinander stehen, in unzulässiger Weise in Zusammenhang gebracht (Lyon-Caen, Anm. zu S.1916.1.5(6); vgl. Veaux-Fournerie, S.138: "En quelle sorte, pour la cour de cassation, la fongibilité par nature n'est qu'un argument permettant d'admettre la subrogation réelle en absence d'un texte";

72) Lyon-Caen, a.a.O., Anm. 4;

Die Entscheidung der cour de cassation war jedoch ein wichtiger Wegbereiter für die Regelung der "warrants", in denen der französische Gesetzgeber die Existenz dinglicher Rechte an vertretbaren Sachen anerkannte⁷³⁾.

Das Bestehen dinglicher Rechte kraft Gesetzes des französischen Gesetzgebers:

Durch die Regelungen des warrant pétrolier⁷⁴⁾, des warrant stocks de guerre⁷⁵⁾ und des warrant industriel⁷⁶⁾ hat der französische Gesetzgeber die Existenz dinglicher Rechte an vertretbaren Sachen als Ausnahme von der Regel anerkannt.

Diesen "warrants" ist gemeinsam, dass der unmittelbare Besitzer von beweglichen Sachen, die er mit anderen vermischt hat, eine Teilmenge mittels eines warrants an den Pfandgläubiger verpfänden kann, ohne ihm an dieser den unmittelbaren Besitz zu verschaffen; die vermischten beweglichen Sachen verbleiben vielmehr im unmittelbaren Besitz des Verpfänders⁷⁷⁾. Nach art.1 Abs.3 des Gesetzes vom 21.4.1932 (warrant pétrolier), nach art.2 Abs.2 des Gesetzes vom 12.9.1940 (warrant industriel) und nach art.2 Abs.1 des Gesetzes vom 24.6.1939 (warrant de stocks du guerre) kann ein Pfandrecht an einer bestimmten Menge bestehen, die mit einer anderen Menge der gleichen Art vermischt ist, ohne dass es erforderlich ist,

73) vgl. Vasseur in Anm. zu Seine 11.1.1962 D. 1962.596 (601);

74) Gesetz vom 21.4.1932 D.P. 1933.4.33, ergänzt durch Gesetz vom 8.9.1935 D.P. 1935.4.237;

75) Gesetz vom 24.6.1939 D.P. 1939.4.363;

76) Gesetz vom 12.9.1940 D.P. 1940.4.275;

77) vgl. Dalloz, dr. comm., warrant pétrolier, note 1;

Dalloz, a.a.O., nantissement, note 21; Dalloz, a.a.O., warrant industriel, note 10;

die verpfändete Menge von der nicht verpfändeten zu trennen⁷⁸⁾. Mit anderen Worten: Das Pfandrecht besteht kraft Gesetzes an vertretbaren Sachen.

Das dépôt régulier an vertretbaren Sachen:

In einem Urteil vom 5.5.1943⁷⁹⁾, in dem es um die Verwahrung von vertretbaren Sachen ging, hat sich die französische Rechtsprechung für ein dépôt régulier entschieden. In dieser Entscheidung hatten verschiedene Eigentümer von Benzinmengen diese bei demselben Verwahrer eingelagert, der sie mit anderen Benzinmengen in seinen Tanks vermischt hatte. Obwohl es sich bei den Benzinmengen um vertretbare Sachen handelte, stellte die Cour d'appel fest, dass sich das Eigentumsrecht der Hinterleger⁸⁰⁾ nicht in ein Forderungsrecht umwandele, sondern dass die Hinterleger Eigentümer ihrer Benzinmengen bleiben und frei über diese verfügen können.

In einer Anmerkung zu diesem Urteil⁸¹⁾ hat Voirin⁸²⁾ die Auffassung des Gerichts bezüglich des dépôt régulier bestätigt, gleichzeitig aber betont, es handele sich nach dem Willen der Hinterleger keineswegs um eine "copropriété indivise", da diese frei über die eingelagerten Benzinmengen verfügen könnten. Dies widerspreche dem Geist der "unanimité" der indivision.

78) art. 1 Abs. 3 des Gesetzes vom 21.4.1932 (warrant pétrolier):

"Le warrant est établi sur une certaine quantité de marchandises d'une qualité spécifiée, sans qu'il soit nécessaire de séparer matériellement les produits warrantés des autres produits similaires par l'emprunteur"; vgl. Gambert in rev. de dr. civ., 1945.75(101);

79) Besançon, 5.5.1943 O. 1945.1.38;

80) Besançon, a.a.O.: "Considérant qu'il que l'essence ne deviendrait pas la propriété du propriétaire du réservoir mais resterait la propriété de celui qui l'aurait fait déverser";

81) vgl. cass., 7.12.1948 S.1949.1.159;

82) Voirin, Anm. zu Besançon, a.a.O.;

Da die französische Rechtsprechung und Gesetzgebung das Bestehen dinglicher Rechte an vertretbaren Sachen anerkannt hat, besteht gegen die Tatsache, dass die VO vom 4.8.1949 vom Eigentum der Hinterleger an den sich im System der S.I.C.O.V.A.M. befindlichen vertretbaren Wertpapieren ausgeht, keine Bedenken.

Damit ist aber noch nicht die Frage geklärt, wie sich die Rechtsbeziehungen zu den im "compte courant de titres" eingegliederten Wertpapiere gestalten.

Daher ist zu untersuchen, ob die Hinterleger der sich in "S.I.C.O.V.A.M.-Verwahrung" befindlichen Wertpapiere eine "copropriété indivise" nach art.815 analog i.V. mit art.573 code.civil bilden.

d) Die copropriété indivise

Der code civil hat die Beteiligung mehrerer Berechtigter an ein und demselben Gegenstand generell nicht geregelt⁸³⁾. Lediglich in den Vorschriften der art.815 ff. code civil über die Erbengemeinschaft hat die "indivision"⁸⁴⁾ Regeln über die Auseinandersetzung aufgestellt.

Die ablehnende Haltung des Gesetzgebers, die Beteiligung mehrerer Berechtigter an einem gemein-

83) vgl. Ferid, 3 C 159; Dalloz, dr. civ., indivisions, notes 2 und 25; Mazeaud, t.2, note 1309; Capitani, S. 762 (1914);

84) Obwohl sich die Vorschrift des art.815 code civil aufgrund der Einordnung unter den Gesetzesabschnitt "succession" nur auf die indivision der Erbengemeinschaft bezieht, ist anerkannt, dass die indivision auf alle Fälle anwendbar ist, bei denen es um die Beteiligung mehrerer auf derselben Stufe stehender Berechtigter an einer Sache geht;

samen Gegenstand eingehend zu regeln, findet ihren Grund im römischen Recht⁸⁵⁾ und liegt in der Auffassung begründet, die Berechtigung mehrerer an einem gemeinsamen Gegenstand berge die Gefahr von Machtkonzentration in sich und dürfe daher nur ein vorübergehender Zustand sein⁸⁶⁾.

Art.815 Abs. 1 code civil bestimmt, dass niemand gezwungen werden kann, in der indivision zu bleiben und jeder das Recht hat, die Teilung zu verlangen.

Während unter dem Begriff "indivision" die Beziehung mehrerer Berechtigter untereinander bezüglich eines gemeinsamen Rechts zu verstehen ist, definiert sich die "copropriété" durch die Beziehung der Mitberechtigten zu dem gemeinsamen Gegenstand⁸⁷⁾. Dieser Gegenstand kann sowohl eine bewegliche als auch eine unbewegliche Sache sein.

Eine klare Unterscheidung zwischen copropriété und indivision findet man in der französischen Literatur recht selten⁸⁸⁾; des öfteren werden diese Begriffe gleichbedeutend angewandt⁸⁹⁾.

Jeder Teilhaber der indivision hat zugleich ein Recht an der ideellen Quote der Ungeteiltheit und ein Recht an der Sache in ihrer Gesamtheit⁹⁰⁾. Er hat jedoch kein Recht an einem bestimmten Teil des gemeinsamen Gegenstandes. Entscheidend für die indivision ist der Unterschied zwischen dem

85) Dalloz, indivision, note 8; Mazeaud, a.a.O., note 1309;

86) Ferid, 3 C 159; Lange, S.86; Planiol-Ripert-Boulanger, t.1, note 2742 (Aufl. 1946); Dalloz, a.a.O., note 203;

87) Definition nach Barth, S.7 und 8;

88) vgl. Marty-Raynaud, t.2, vol. 2, S.73; vgl. Nancy, 16.11.1961 JCP 1964 II 13477 note Voirin;

89) Nouv. Rep., dr. civ., note 357; Colin-Capitant, t.1, note 748;

90) Nouv. Rep., propriété, note 354;

Recht an der ideellen Quote bezüglich des gemeinsamen Gegenstandes und dem Recht an dem Gegenstand selbst⁹¹⁾. Über die ideelle Quote an der Unterteiltheit kann der Mitberechtignte frei verfügen⁹²⁾, wobei er sowohl die ideelle Quote als Ganzes als auch einen Teil davon an einen Dritten oder einen Mitberechtignten abtreten kann.

Bei diesem Recht der ideellen Quote handelt es sich um ein Mitgliedschaftsrecht, das aus Verwaltungs- und Nutzungsrechten besteht und das dem Berechtigten gegenüber den anderen Gemeinschaftern bei der Teilung einen schuldrechtlichen Anspruch eines seiner ideellen Quote entsprechenden Teils an dem gemeinschaftlichen Vermögen gewährt.

Für die Wirksamkeit der Abtretung des ideellen Teils ist nach art.1691 code civil i.V. mit art.1220 code civil sowohl die Anzeige an den Schuldner der "indivision" als auch an die Mitberechtignten erforderlich. Der Erwerber des ideellen Teils tritt an die Stelle des Veräußerers, d.h., er erwirbt einen schuldrechtlichen Auseinandersetzungsanspruch⁹³⁾, hat jedoch ebenso wie der Veräußerer kein dingliches Recht an dem gemeinsamen Gegenstand⁹⁴⁾.

Jeder Mitberechtignte hat auch einen Anteil an den einzelnen Gegenständen der indivision; in der Praxis kommt eine solche Verfügung wegen des "effet declaratif du partage" höchst selten vor;

91) Marty-Raynaud, a.a.O., S.76;

92) Dalloz, indivision, note 119; cass. 22.11.1926 D.P. 1926.1.123 note Lalou;

93) Der Erwerber des ideellen Anteils an der indivision tritt an die Stelle des Veräußerers d.h. er tritt in alle Rechte und Pflichten des Veräußerers ein (vgl. Mazeaud, a.a.O., note 1311; cass. civ. 12.11.1926 D.P. 1929.1.123 note Lalou;

94) Mazeaud, a. a.O., note 1311;

danach hängt das rechtliche Schicksal einer Verfügung über den einzelnen Gegenstand von der Teilung der indivision ab; die Verfügung ist ohne rechtliche Wirkung, wenn der Vermögenswert bei der Teilung nicht dem verfügenden Mitberechtigten zufällt. Verfügt z.B. ein Mitberechtigter über einen einzelnen Gegenstand der indivision und wird dieser durch Versteigerung an einen Dritten übertragen, so tritt zwar der Versteigerungserlös anstelle des Gegenstandes (durch dingliche Surrogation), die Wirksamkeit hängt auch in diesem Fall von dem Resultat der Teilung ab; fällt der gesamte Verkaufspreis bei der Teilung in das Vermögen eines anderen Mitberechtigten, so ist die Verfügung über den Anteil am einzelnen Gegenstand unwirksam⁹⁵⁾.

Die Pfändung der ideellen Quote:

Grundsätzlich haftet der Schuldner nach art.2092 und art.2093 code civil für seine Verbindlichkeiten mit seinem gesamten Vermögen; gewisse Vermögensgegenstände sind jedoch davon ausgenommen. Nach art.2205 code civil⁹⁶⁾ (art.2 des Dekrets vom 1.3.1967) ist es dem Gläubiger verboten, die ideelle Quote des Mitberechtigten zu pfänden. Nach h.M. bezieht sich das Verbot nicht nur auf die Erbengemeinschaft, sondern auf jede indivision⁹⁷⁾. Das Verbot gilt sowohl für bewegliche als auch für unbewegliche Sachen⁹⁸⁾.

95) Dalloz, indivision, note 123; Barth, S.47; Ferid, 3 C 168;

96) Obwohl der Wortlaut des Gesetzes vom Zwangsverkauf spricht, ist man sich in Lehre und Rechtsprechung darüber einig, dass bereits die Pfändung unzulässig ist (Dalloz indivision, note 193; Ferid, 3 C 169; Jossierand, note 1788, 2; Marty-Raynaud, note 60; Aix, 23.1.1835 S.83.2.150;

97) Dijon, 1.7.1902 S. 1905.2.49; Lyon, 15.7.1926 D.P. 1927.2.129; Agen, 11.7.1945 D.1947.151 note Chéron;

98) cass. 29.3.1887 S.87.1.125;

Die Verpfändung des Anteils an der indivision:

Gegenstand der Verpfändung ist nicht der ideelle Anteil an einer bestimmten Sache der indivision⁹⁹⁾, sondern der ideelle Anteil an der Ungeteiltheit, mit anderen Worten der obligatorische Auseinandersetzungsanspruch gegenüber den anderen Mitberechtigten, an dessen Stelle durch dingliche Surrogation bei der Teilung der für den Pfandschuldner entsprechende Teil tritt. Nach art.2075 code civil ist für die Verpfändung des Anteils an der indivision die Anzeige an den Schuldner der verpfändeten Forderung erforderlich, im Fall der indivision also an die Mitberechtigten. Ein Teil¹⁰⁰⁾ der französischen Literatur anerkennt, dass Gegenstand der Verpfändung der Ausgleichsanspruch gegenüber den Mitberechtigten ist, macht jedoch keinen Unterschied zwischen dem ideellen Anteil an der indivision und dem Anteil an einem bestimmten Gegenstand derselben. Ein anderer Teil¹⁰¹⁾ verneint ohne nähere Begründung die Möglichkeit der Verpfändung des Anteils an der indivision.

Die Verwaltung der indivision:

Da für die Verwaltung der indivision grundsätzlich Einstimmigkeit (unanimité)¹⁰²⁾ erforderlich ist, kann der einzelne Mitberechtigte keine Verwaltungshandlungen bezüglich der gemeinsamen Sache vornehmen. Nimmt er Verwaltungsmassnahmen vor, die sacherhaltenden Charakter haben¹⁰³⁾ oder die den gemeinsamen Gegenstand verbessern, so handelt er

99) so richtig: Barth, S.37; vgl. cass. 19.2.1894 S.94.1.273;
Die Entscheidung des Kassationshofes geht eindeutig von der Verpfändung der ideellen Quote an der Ungeteiltheit aus.

100) Josserand, S.18; Josserand (centenaire);

101) Siesse, S.232;

102) Marty-Raynaud, t.2, vol. 2, note 60; Mazeaud, t.2, vol. 2, note 1312;

103) vgl. Barth, S.18;

nach art.1372 code civil als Geschäftsführer ohne Auftrag. Können sich die Gemeinschafter bezüglich der Verwaltungsmassnahmen nicht einigen, so können sie durch Gerichtsbeschluss einen Verwalter bestellen lassen¹⁰⁴⁾. Ist eine Einigung auf einen Verwalter nicht möglich, so bleibt als ultima ratio nur die Teilung.

Mangels einer ausdrücklichen Vereinbarung der Gemeinschafter bleiben die Früchte Vermögensbestandteil der indivision.

Der Gemeinschafter kann einen der indivision abhandengekommenen Gegenstand gegenüber Dritten nicht mit der rei vindicatio herausverlangen, sondern er kann nur auf Anerkennung seines "Miteigentums" klagen¹⁰⁵⁾. Auf Herausgabe der Sache kann er nur im Namen aller Gemeinschafter an alle klagen¹⁰⁶⁾.

- e) Grundsätzliche Unvereinbarkeit der copropriété indivise mit dem System der S.I.C.O.V.A.M.

Nach art.9 der VO kann der Hinterleger jederzeit die im System der S.I.C.O.V.A.M. befindlichen Wertpapiere der gleichen Art und Menge von der Depotbank herausverlangen.

Überträgt man die Regeln der indivision auf die S.I.C.O.V.A.M.-Verwahrung, so beinhaltet das Herausgabeverlangen der Hinterleger der Wertpapiere das Teilungsbegehren der Gemeinschafter der indivision¹⁰⁷⁾. Der gemeinsame Gegenstand der indivision ist die Masse der sich im System der S.I.C.O.V.A.M. befindlichen Wertpapiere einer Art.

104) cass. req. 15.4.1924 D. 1924.1.169, note Savatier; Paris 26.6.1950 D. 1951.176; Aubry-Rau-Esmein, a.a.O., S. 531;

105) cass. 28.6.1949 D. 1950.93; Ionasco, S.173; Josserand, note 1787;

106) vgl. Barth, S.69;

107) so Jeantet in Journ. soc. 1945, S.181 (für die C.C.O.V.I.);

Sieht man in dem Herausgabeanspruch der Hinterleger ein Teilungsverlangen, so hat dies entsprechend art.815 code civil zur Folge, dass der gemeinsame Gegenstand - die sich im System der S.I.C.O.V.A.M. befindlichen Wertpapiere einer Art - an die einzelnen Hinterleger verteilt werden müsste. Nach art.9 der VO wird jedoch bei einem Herausgabeverlangen eines Hinterlegers nicht der gesamte Bestand der Wertpapiere einer Art aufgelöst, sondern der einzelne Hinterleger wird entsprechend seinem Anteil nach Art und Menge befriedigt, wobei die übrigen Wertpapiere der gleichen Art weiter im System der S.I.C.O.V.A.M. verbleiben.

Zwar ist nach Auffassung der Rechtsprechung die Teilung nur eines Teils der indivision möglich, aber nur unter der Voraussetzung, dass alle Gemeinschaftler zustimmen¹⁰⁸⁾.

Während bei der indivision die Gemeinschaftler die anderen Mitberechtigten kennen und sich das Teilungsbegehren gegenüber alle Gemeinschaftler richtet, sind dem Hinterleger die übrigen Hinterleger von Wertpapieren der gleichen Art unbekannt¹⁰⁹⁾; ausserdem macht der Hinterleger seinen Herausgabeanspruch (=Teilungsbegehren) gegenüber der Depotbank und nicht gegenüber den anderen Hinterlegern geltend.

108) cass. 9.6.1964 D. 1965 somm. 18; Paris, 7.7.1931 D.P. 1933.2.137, note Capitant: "Lorsque parmi les cohéritiers appelés à recueillir une succession, ces cohéritiers sont libres de faire un partage partiel ne comprenant que certains biens et de laisser les autres provisoirement dans l'indivision. Ils peuvent agir aussi même s'ils recourent aux formes du partage judiciaire pourvu que, bien entendu, que tous y consentent.

109) Juriscl. Banque et Bourse, fasc. 16, note 48;

Denkbar ist eine stillschweigende Vollmacht des Hinterlegers gegenüber der Depotbank dahingehend, dass diese mit dem Herausgabeanspruch des Hinterlegers ermächtigt wird, den übrigen Hinterlegern das Teilungsbegehren mitzuteilen und deren Zustimmung zur Teilung einzuholen. Abgesehen davon, dass dieses Verfahren in der Praxis zu einer erheblichen Verlangsamung der Auslieferung der Wertpapiere an den Hinterleger führen würde, ist eine stillschweigende Ermächtigung an die Depotbank auch aus folgendem Grund abzulehnen: Der Hinterleger der Wertpapiere weiss des öfteren gar nicht, dass die Effekten ab dem 6. Tag in das System der S.I.C.O.V.A.M. eingegliedert werden¹¹⁰⁾. Der Depotkunde kann daher weder ausdrücklich noch konkludent seinen Willen zur Bevollmächtigung ausgedrückt haben.

Will man nicht schon bei dem Herausgabeanspruch die Anwendung der Regeln der indivision auf die S.I.C.O.V.A.M.-Verwahrung scheitern lassen, so muss man, da die VO vom 4.8.1949 die Rechtsverhältnisse der Hinterleger der Wertpapiere untereinander nicht regelt, von einer stillschweigenden gesetzlichen Vollmacht der Depotbank für alle Hinterleger ausgehen¹¹¹⁾. Danach wäre die Depotbank ermächtigt, als Vertreter der übrigen Hinterleger das Teilungsbegehren des die Wertpapiere herausverlangenden Depotkunden in Empfang zu nehmen und

110) vgl. Avéran-Horteur, S.183: "Il est donc plus difficile d'admettre en droit français la création d'une collectivité entre les déposants qui n'ont pas donné leur consentement, sinon peut-être d'une manière tacite et qui souvent ignorent même l'existence du compte courant";

111) vgl. Rupf, S.77;

im Namen der "coindivisaires" dem Teilungsverlangen des Depotkunden zuzustimmen¹¹²⁾.

Die VO vom 4.8.1949 geht davon aus, dass der Hinterleger Eigentümer der sich im System der S.I.C.O.V.A.M. befindlichen Wertpapiere ist und über diese jederzeit mit dinglicher Wirkung verfügen kann.

Sieht man in dem einheitlichen Bestand der Wertpapiere einer Art eine "copropriété indivise", so erlangt der Erwerber gerade nicht das Eigentum an den Wertpapieren, sondern lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch gegenüber den anderen Hinterlegern des einheitlichen Bestandes der Wertpapiere einer Art in Höhe des ideellen Anteils des Veräusserers an diesem Bestand. Der dingliche Rechtserwerb kann auch nicht damit geklärt werden, dass jede Verfügung eine Teilung der "copropriété indivise" beinhalte. Dabei scheitert diese Fiktion einer Teilung des Wertpapierbestandes einer Art nicht daran, dass eine nummernmässige Festhaltung des einzelnen Wertpapiers nicht möglich ist¹¹³⁾; ein Eigentumserwerb an vertretbaren Sachen ist seit der Regelung des warrant pétrolier und der Entscheidung der Möglichkeit des Bestehens dinglicher Rechte an vertretbaren Sachen durch die französische Rechtsprechung¹¹⁴⁾ gestattet. Der Eigentumserwerb scheitert daran, dass die Annahme einer Teilung selbst in einer logischen Sekunde nicht möglich ist; bei der Geltendmachung des Herausgabeanspruches mag dies gerechtfertigt sein,

112) Hier zeigt sich deutlich, dass der Verfasser der VO vom 4.8.1949 sich keine Gedanken über die Rechtsbeziehungen der Hinterleger der Wertpapiere gemacht haben; vgl. Gavalda, S.799: "La nature juridique de ces dépôts collectifs de titres reste controversée; les incidents demeurent rares et la qualification n'a pas vraiment poussé à fond"; s.a. Grathwohl, S.104;

113) vgl. Rupf, S.78 mit Verweisung auf Jeantet;

114) vgl. Seite 37;

da die Wertpapiere den einheitlichen Bestand verlassen, bei der dinglichen Verfügung über das Papier bleibt dieses weiterhin im einheitlichen Bestand der Wertpapiere einer Art.

Der Eigentumserwerb der Wertpapiere lässt sich daher nicht mit den Vorschriften über die *copropriété indivise* klären.

aa) Die Trennung der verkörperten Rechte von der Urkunde

Die Vereinbarkeit einer "masse" von vertretbaren Wertpapieren gleicher Art, die mehreren gehört, mit der indivision, hat bereits Jeantet¹¹⁵⁾ für das System der C.C.D.V.T. dadurch in Einklang zu bringen versucht, dass er eine scharfe Trennung vorgenommen hat zwischen der Wertpapierurkunde und den darin verkörperten Rechten; nach ihm bilden die Hinterleger der sich im System der Giro-sammelverwahrung befindlichen Wertpapierurkunden eine "copropriété indivise"; die in der Urkunde verkörperten Rechte sind dagegen während der Sammelverwahrung in den Konten der Depotbank zugunsten der Berechtigten verbucht. Diese verbuchte Berechtigung ist während der Sammelverwahrung der alleinige Verfügungsgegenstand des Berechtigten. Die Existenz der verkörperten Rechte hängt zwar weiterhin von der Urkunde ab, deren Zuordnung bestimmt sich jedoch ausschliesslich nach dem Konto der Depotbank zugunsten des Berechtigten. Über diese verbuchte Berechtigung kann der Hinterleger frei verfügen, da diese nicht Bestandteil der "copropriété indivise" ist.

115) Jeantet in *journ. soc.* 1945.161(188), note 22: "L'existence des droits dépend de l'existence des titres numérotés dans la masse. Si les titres sont sortis, par exemple, par perte ou retrait, ils entraînent avec eux la disparation proportionnelle des droits qui y sont attachés. Mais l'attribution des droits ne dépend plus des titres qui sont dans la masse. Elles résultent des opérations entre adhérents constatées par la caisse";

Ein grosser Teil der Literatur¹¹⁶⁾ und die Rechtsprechung¹¹⁷⁾ ist dieser Meinung Jeantets für die S.I.C.O.V.A.M.-Verwahrung gefolgt.

Nimmt man, wie die französische Rechtsprechung und der überwiegende Teil der französischen Lehre an, dass die sich in der S.I.C.O.V.A.M.-Verwahrung befindlichen Wertpapierurkunden eine copropriété indivise bilden, so lässt sich auch bei Trennung des verkörperten Rechts von der Urkunde und deren Verkörperung in den Büchern der Depotbank ein Eigentumserwerb von Konto zu Konto nicht erklären. Die Verordnung vom 4.8.1949 geht jedoch vom Eigentum eines jeden Hinterlegers an den Wertpapieren aus.

Bei den nunmehr in den Büchern der Depotbank verkörperten Rechten handelt es sich um Forderungs- und Mitgliedschaftsrechte der Hinterleger gegen den Emittenten der Wertpapiere. Wird die verbuchte Berechtigung auf dem Konto einer der S.I.C.O.V.A.M. angeschlossenen Depotbank zugunsten eines Erwerbers erkannt, so erwirbt dieser konsequenterweise nur Forderungs- und Mitgliedschaftsrechte. Darüber hinaus steht ihm aufgrund der Anzahl seiner verkörperten Rechte ein ideeller Anteil am einheitlichen Bestand der Wertpapiere zu, aufgrund dessen er mit dem Herausgabeverlangen das Teilungsbegehren der sich in der indivision befindlichen Wertpapierurkunden verlangen kann. Wendet man die Regeln der indivision in voller Strenge auf die S.I.C.O.V.A.M.-Verwahrung an, so

116) Avéran-Horteur, S.183, note 241; Goré in JCP 1951.I. 948; Dalloz, val.mob., note 124; Roux in Banque 1963.16(17); Razouls in JCP 1953.I.7488; Guyénot in RDC 1961.269(272); Hamel-Lagarde-Jauffret, t.2, note 1841; Bertrand in Mélanges Ripert 1950.160(183); Léauté in Hamel, commission, S.227; vgl. auch Brink, Diss., S.84;

117) Lyon 24.7.1952 JCP 1953.I.7488; Marseille 12.2.1959 Banque 1959.670; Seine 11.1.1962 D.1963.595; cass. comm. 13.2.1967 D.1967.599;

erwirbt der Erwerber erst mit der Herausgabe der Wertpapiere, mit der Teilung der indivision, Eigentum an den Effekten.

Die Trennung von Urkunde und Recht hat den Sinn, dem Hinterleger die freie Verfügungsmöglichkeit über die verbuchte Berechtigung einzuräumen; die Trennung zwischen der verbuchten Berechtigung und der Urkunde ist jedoch nicht vollständig, da die Existenz dieser Berechtigung weiterhin von der Urkunde abhängt¹¹⁸⁾; es besteht daher weiterhin, wenn auch in anderer Form, eine Beziehung zwischen Urkunde und Recht. Da auch weiterhin eine Abhängigkeit zwischen Urkunde und Recht besteht, ist das Papier auch bei der Übertragung im Rahmen des stückelosen Effektenverkehrs zu berücksichtigen.

Kraft der verbuchten Berechtigung des Hinterlegers, über die er frei verfügen kann, hat dieser gleichzeitig einen ideellen Anteil an den sich in der S.I.C.O.V.A.M.-Verwahrung befindlichen Wertpapieren, aufgrund dessen er sich jederzeit das Alleineigentum an den Urkunden verschaffen kann. Aufgrund dieser mit der verbuchten Berechtigung verbundenen Möglichkeit der jederzeitigen Eigentumsverschaffung an den Urkunden durch den Hinterleger ist die verbuchte Berechtigung, nach der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur¹¹⁹⁾ wenn auch ohne Begründung, wie ein dingliches Recht¹²⁰⁾ zu behandeln.

118) siehe Seite 48;

119) siehe Seite 48, Anm. 115 und Seite 49, Anm. 116;

120) vgl. Voirin in Anm. zu Amiens, 7.11.1962 in JCP 1963.13018: "S'il n'était pas, à proprement parler, propriétaire, il conservait du moins, la libre disposition des actions et continuait à profiter de toutes les prérogatives attachées au titre";

Wenn im folgenden bei der Eigentumsübertragung der sich im System der S.I.C.O.V.A.M. befindlichen Wertpapiere von Miteigentum der Hinterleger die Rede ist, so ist dies in dem Sinne zu verstehen, dass infolge der mit der verbuchten Berechtigung verbundenen Möglichkeit der jederzeitigen Eigentumsverschaffung durch die Hinterleger, die verbuchte Berechtigung wie ein dingliches Recht zu behandeln ist, das den Hinterlegern die gleiche Rechtstellung vermittelt, wie wenn sie Miteigentum an den Urkunden besäßen.

In diesem Sinne ist es wohl zu verstehen, wenn Avéran-Horteur, die Jeantet folgend, auch die Trennung der verkörperten Rechte von der Urkunde vertritt, davon ausgeht, dass der Hinterleger über das Eigentum an den Urkunden verfügt, wobei der Überweisungsvorgang ihrer Ansicht die für den Eigentumserwerb erforderliche Besitzverschaffung an den Urkunden ersetzt¹²¹⁾.

bb) Die Lehre von den titres scripturaux

Nach dieser Auffassung Riperts¹²²⁾ verlieren die Wertpapiere mit Eingliederung in das System der S.I.C.O.V.A.M. ihre rechtliche Bedeutung¹²³⁾ als Inhaberpapiere; aufgrund ihrer Vertretbarkeit gehen sie in der Masse der gleichen Wertpapierart unter; der Wertpapierinhaber verliert jegliches Recht an der Urkunde¹²⁴⁾; diese wird entkörpert. Das in den Inhaberpapieren verkörperte Recht

121) Avéran-Horteur, S.187: "Les droits conférés par le virement sont alors semblables à ceux qu'engendre la tradition manuelle"; Jeantet, a.a.O., S.190, note 24;

122) Ripert-Roblot, note 1764; vgl. Gavalda-Stoufflet, S.799; Juriscl., Banque et Bourse, fasc. 16, note 37; Juglart-Ippolito, t.4, note 1612; Delorme, S.108; s.a. Grathwohl, S.115;

123) "En réalité le titre est temporairement détruit et il cesse de représenter le droit" (Ripert-Roblot, a.a.O.);

124) Ripert-Roblot, note 1764: "Le titre n'est plus qu'un élément de compte"; sehr anschaulich: Razouls in Ann. zu Lyon. 24.7.1952 JCP 1953.1.7488;

als auch das Eigentumsrecht an den Urkunden werden nunmehr Buchungsposten auf den Konten der Depotbank; die Urkunden als Träger des Rechts werden während der S.I.C.O.V.A.M.-Verwahrung zerstört; einer Urkunde bedarf es nach dieser Auffassung auch deshalb nicht mehr, da der Hinterleger aufgrund einer von der S.I.C.O.V.A.M. ausgestellten Bescheinigung über die Verwahrung seiner Effekten seine Mitgliedschaftsrechte weiterhin in der Hauptversammlung der Emissionsgesellschaft geltend machen kann¹²⁵⁾. Da die Urkunde infolge der S.I.C.O.V.A.M.-Verwahrung rechtlich nicht mehr existiert, kann man auch nicht mehr von Inhaberpapieren sprechen. Da sich die Rechte der Hinterleger ausschliesslich nach der verbuchten Berechtigung auf dem Konto der Depotbank richten, entsteht eine neue Wertpapierart, die "titres scripturaux". Die titres scripturaux bilden nach der Auffassung Riperts neben den Inhaber- und Namenspapieren eine selbständige Wertpapiergattung. Für die französische Auffassung von den "valeurs mobilières" ist dies deswegen nicht befremdend, da auch schon für die Entstehung einer Verbindlichkeit aus einem Namenspapier eine Urkunde nicht erforderlich ist¹²⁶⁾.

Die Auffassung der titres scripturaux hat den Vorteil, dass sich damit der dingliche Eigentumserwerb ohne Schwierigkeiten erklären lässt und sämtliche Probleme, die durch die "copropriété indivise" aufgeworfen werden, beseitigt sind. Da nach dieser Lehre das Inhaberpapier im compte courant rechtlich untergeht, können die Hinterleger während der S.I.C.O.V.A.M.-Verwahrung auch kein Eigentum oder Miteigentum an den Urkunden besitzen.

125) Dalloz, val. mob., note 51;

126) siehe Seite 8 ff.;

Abgesehen davon, dass die VO vom 4.8.1949 in art.2 nur von Inhaber- und Namenspapieren spricht¹²⁷⁾, ergeben sich ausser diesem rein formalen Argument weitere Bedenken gegen die Theorie einer neuen Wertpapierart.

Während man bei der deutschen Girosammelverwahrung davon ausgehen kann, dass mit der Trennung von Recht und Papier die einzelne Urkunde die Bedeutung als Rechtsträger verliert¹²⁸⁾, Rechtsträger aber die Gesamtheit der Urkunden zu Bruchteilen bleibt, verliert bei der S.I.C.O.V.A.M.-Verwahrung nach Auffassung der titres scriptaux auch die Gesamtheit der Urkunden ihre Rechtsträgerschaft; die Urkunden werden durch die S.I.C.O.V.A.M.-Verwahrung rechtlich zerstört.

Bei der deutschen Sammelverwahrung besteht für die einzelne Urkunde eine latente Rechtsträgerschaft d.h. das Recht kann bei Verlassen der einzelnen Urkunde aus der Sammelverwahrung wieder in dieser verkörpert werden, da die Gesamtheit der Urkunden ihre Rechtsträgerschaft nicht verloren hat. Anders jedoch bei der S.I.C.O.V.A.M.-Verwahrung; da die Urkunden in ihrer Gesamtheit ihre Eigenschaft als Inhaberpapiere verloren haben, kann das in den Konten der Depotbank verbuchte Recht bei Verlassen der Papiere aus dem System der S.I.C.O.V.A.M. nicht automatisch wieder in den Urkunden verbrieft werden. Da während der S.I.C.O.V.A.M.-Verwahrung eine neue Wertpapierart, die titres scriptaux, entstanden ist, müsste konsequenterweise beim Verlassen der Pa-

127) Die Verfasser der VO vom 4.8.1949 haben keineswegs an die Schaffung einer neuer Wertpapierart gedacht. (vgl. Escarra, t.3, S.335);

128) Brink in Gelbe Reine Nr.9, S.17;

piere aus dem System der S.I.C.O.V.A.M. zumindest eine Umwandlung¹²⁹⁾ von titres scriptaux in Inhaberpapiere oder sogar eine neue Begebung der Papiere erfolgen. In beiden Fällen wäre eine Mitwirkung der Emissionsgesellschaft erforderlich¹³⁰⁾. Die Auffassung von den titres scriptaux würde in der Praxis bei den Herausgabeansprüchen der Hinterleger zu einer erheblichen Verlangsamung des Lieferungsverkehrs führen.

Ausserdem berücksichtigt die Lehre von den titres scriptaux nicht die Einrichtung des "volant", des Handbestands der Wertpapiere bei den Depotbanken; für diejenigen Wertpapiere, die sich im Handbestand der Depotbank befinden und die nach dem Willen der Verfasser der VO vom 4.8.1949 mit den sich in Sammelverwahrung befindlichen Wertpapieren einen einheitlichen Bestand bilden (vgl. art.12 Abs.1 Satz 1 der VO), kann jedoch von einem Untergang der rechtlichen Natur der Wertpapiere keine Rede sein, da die sich im Handbestand der Depotbank befindlichen Wertpapiere nicht als Buchungsposten bei der S.I.C.O.V.A.M. erscheinen; eine Entkörperung der Urkunde findet also gar nicht statt¹³¹⁾. Folgte man der Auffassung der titres scriptaux, so würde dies bedeuten, dass ein Teil der Wertpapiere der gleichen Art ihre Rechtsnatur als Wertpapier verloren hätte, der andere Teil diese jedoch noch besässe. Der Handbestand ist ein Teil des gesamten Wertpapierbestandes einer Art. Es ist daher nicht denkbar, dass sich in diesem einheitlichen Bestand zwei "Arten" von Wertpapieren befinden. Im übrigen

129) vgl. Herms, S.17;

130) vgl. Herms, S.18;

131) vgl. Houin in rev. synd. et jud. 1960.149(151);

Guyenot in le gage comm., S.270 (275 Ann. 1);

wollten die Verfasser der VO vom 4.8.1949 vor allen Dingen durch die Schaffung der Sammelverwahrung eine schnelle Lieferung der Effekten bezwecken¹³²⁾, nicht jedoch eine neue Wertpapierart schaffen; die Auffassung von den titres scripturaux ist weder mit den Intentionen der Verfasser der VO vom 4.8.1949 noch mit den Grundsätzen der Sammelverwahrung zu vereinbaren; der überwiegende Teil der Literatur und die Rechtsprechung lehnt diese Auffassung mit Recht ab¹³³⁾.

f) Die Eigentumsübertragung im System der S.I.C.O.V.A.M.

aa) Der ordre de virement - S.I.C.O.V.A.M.

Nach art. 7 der VO vom 4.8.1949 können die der S.I.C.O.V.A.M. angegliederten Kreditinstitute sich die Wertpapiere untereinander im Wege des virement, des stückelosen Effektengiroverkehrs, übertragen.

Um die Wertpapiere vom Konto der Verkäuferbank auf das der Erwerberbank zu übertragen, übergibt die verkaufende Depotbank der Käuferbank einen vorgedruckten "ordre de virement"¹³⁴⁾ in zweifacher Ausfertigung; das Original dieses Überweisungsformulars übergibt die Erwerberbank der S.I.C.O.V.A.M., die eine entsprechende Buchung zu deren Gunsten vornimmt¹³⁵⁾.

Auf die Rechtsnatur des virement im Rahmen der S.I.C.O.V.A.M. wird in Rechtsprechung und Literatur nur vereinzelt eingegangen.

132) vgl. cass. comm., 6.12.1967, Bull.civ. III Nr.407;

133) siehe Seite 48, Anm. 115 und Seite 49, Anm. 116;

134) Im Gegensatz zur deutschen Regelung, wo der Veräußerer das Überweisungsformular direkt an die Sammelverwahrstelle schickt; Avéran-Horteur, S.62; Hartwig, S.47;

135) Instructions, S.13;

Die Rechtsprechung¹³⁶⁾ hat den ordre de virement mit der Rechtsnatur eines Schecks verglichen; diese Auffassung ist jedoch nicht haltbar, da der virement-S.I.C.O.V.A.M. nicht übertragbar ist, die Rechtsnatur des Schecks jedoch gerade auf dessen Übertragbarkeit beruht.

bb) Der virement en banque

Die Übertragung der Effekten vom Konto des Veräusserers auf das des Erwerbers lässt sich am besten mit der Geldüberweisung (virement en banque) vergleichen.

Die Rechtsnatur des virement en banque war in Frankreich sehr umstritten. Die französische Rechtsprechung¹³⁷⁾ sah in der Geldüberweisung zunächst eine cession, wonach der Auftraggeber Zedent und der Begünstigte Zessionar ist. Diese Auffassung einer cession nach art.1690 code civil wird heute mit Recht einhellig abgelehnt, da die Bank als Schuldner der Darlehensforderung dem Zessionar alle Einwendungen, die aus dem Rechtsverhältnis zwischen ihr und dem Auftraggeber resultieren, auch dem neuen Gläubiger (Empfänger des virement) hätte geltend machen können¹³⁸⁾. Die französische Lehre¹³⁹⁾ hat versucht, den virement en banque als délégation parfaite¹⁴⁰⁾ zu erklären; aber auch diese Meinung wird der Funktion der Geldüberweisung nicht gerecht. Durch den virement en banque wird der Auftraggeber gegenüber seinem Gläubiger von seiner Schuld befreit; art.1275 code civil fordert jedoch, dass der

136) Lyon, 24.7.1952 JCP 1953.1.7488; vgl. Gavalda-Stoufflet, S.797;

137) Douai, 1.5.1931, S.1933.2.57;

138) vgl. Hamel-Lagarde-Jauffret, t.2, S.788; Dalloz, virement, note 15; Gavalda-Stoufflet, S.449;

139) Lyon-Caen Renault, t.4, note 678; Thaller-Percerou, t.2, note 1411;

140) siehe Seite 11, Anm. 46;

Gläubiger (Geldempfänger, *délégataire*) seinem Schuldner (*délégant*, *donneur d'ordre*) ausdrücklich seine Schuld erlässt. Dieser ausdrückliche Schulderrlass findet bei der Geldüberweisung nicht statt. Daher ist die *délégation parfaite* nicht geeignet, den *virement en banque* zu erklären.

Die heutige Lehre verzichtet darauf, die Geldüberweisung mit den Rechtsinstituten des *code civil* erklären zu wollen¹⁴¹⁾. Sie sieht in der Geldüberweisung eine Übergabe von Buchgeld¹⁴²⁾ (*monnaie scripturale*); bei den Geldeinlagen des Bankkunden handelt es sich ursprünglich um eine Darlehensforderung gegen die Bank; nach Auffassung der heutigen Lehre erfährt die Darlehensforderung eine Umwandlung; sie wird zu Buch-Geld umgewandelt. Die Überweisung von Konto zu Konto, die Buchung, ist Ersatz für die unmittelbare Besitzverschaffung bei umlaufendem Geld¹⁴³⁾. Die Rechtsprechung hat sich der Lehre der "Übergabe von Buchgeld" (*remise de la monnaie scripturale*) angeschlossen; in einem Urteil vom 12.7.1966¹⁴⁴⁾ wird ausgeführt, dass die Handschenkung¹⁴⁵⁾ (*don manuel*), bei der die Übergabe der Sache Wirksamkeitsvoraussetzung für den Schenkungsvertrag ist¹⁴⁶⁾, auch durch einen "*virement en banque*" erfolgen kann; damit hat der Kassationshof impli-

141) Cabrillac, S.762;

142) Ripert-Roblot, note 2005: "Le virement est la remise d'une monnaie scripturale"; vgl. Rodière-Rives-Langes, note 160; vgl. De Beus in *rev. de la Banque* 1957.794 (802);

143) Rives-Langes in *Mélanges Cabrillac*, S.405, note 10: "Les écritures sont au transfert de monnaie scripturale ce que la tradition est à la circulation d'espèces"; Juglart-Ippolito, t.3, note 1633;

144) *cass.* 12.7.1966 D.1966.614 et note Mazeaud; vgl. auch Penres, 9.4.1946 D.1947.46; vgl. Gavalda in *Anm. zu cass. comm.* 27.1.1965 JCP 1966.14852;

145) zur Rechtsnatur der Handschenkung siehe Dalloz, *don manuel*, note 4 ff.;

146) hier liegt eine Durchbrechung des Konsensprinzips vor;

zit zu erkennen gegeben, dass er die Buchung bei der Geldüberweisung als Ersatz für die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes bei umlaufendem Geld ansieht.

Die französische Lehre und Rechtsprechung hat es bei der Erklärung des virement en banque verstanden, sich von den Rechtsinstituten des code civil zu lösen und mittels einer Fiktion (die Buchung übernimmt die Publizitätsfunktion des unmittelbaren Besitzes) die Geldüberweisung zu erklären; diese Auffassung wird dem virement en banque deswegen am gerechtesten, da sie die Rolle der Banken am besten erklärt; diese haben lediglich die Aufgabe, das Buchgeld unverzüglich zu übertragen; um den Rechtsgrund der Überweisung brauchen sie sich keine Gedanken zu machen¹⁴⁷⁾.

Der virement en banque und der virement S.I.C.O.V.A.M. haben gemeinsam, dass die Übergabe der Sache (des Geldes) bei ersterem durch Buchungen, bei letzterem durch Buchungen oder durch Übergabe des Überweisungsformulars an die Erwerberbank ersetzt wird. Trotzdem kann man die beiden Formen der virement nur grundsätzlich gleichsetzen. Bei der Geldüberweisung kann der Auftraggeber den Überweisungsauftrag bis zum Zeitpunkt der Erkennung auf dem Konto des Empfängers widerrufen¹⁴⁸⁾. Hat jedoch die Käuferbank von der Verkäuferbank im Rahmen des stückelosen Effektenverkehrs das Formular "ordre de virement" erhalten, so kann die Käuferbank den Überweisungsauftrag nicht mehr widerrufen¹⁴⁹⁾.

147) Gavalda-Stoufflet, S.448: "Il (la banque) n'y a se faire juge de la cause de l'ordre; le principe de non-ingérence s'y oppose"; vgl. Dalloz, virement, note 26;

148) Gavalda-Stoufflet, S.451;

149) Instructions, S.12: "Les virements ne sont pas irrévocables, ils sont établis par nature de valeur et au profit d'un seul adhérent bénéficiaire";

Das Eigentum an Inhaberpapieren geht nach französischem Recht mit Drittwirkung erst durch Verschaffung des unmittelbaren Besitzes der Urkunde auf den Erwerber über. Gegenstand der Verfügung ist die verbuchte Berechtigung, die Mitgliedschafts- oder Forderungsrechte beinhaltet, die im System der S.I.C.O.V.A.M. wie dingliche Rechte zu behandeln sind¹⁵⁰⁾.

cc) Der ordre de virement-S.I.C.O.V.A.M. als Ersatz für die Publizitätsfunktion des Besitzes

Durch die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes kann der Erwerber eines Inhaberpapiers Dritten gegenüber augenscheinlich sein Eigentum beweisen¹⁵¹⁾. Die Verkäuferbank kann infolge der Unwiderrufbarkeit ihres ordre de virement eine Umbuchung in den Büchern der S.I.C.O.V.A.M. nicht mehr verhindern. Durch die Übergabe des ordre de virement von der Verkäuferbank an die Käuferbank wird eine Situation geschaffen, die mit der Funktion des Besitzes vergleichbar ist. Durch die Übergabe des Überweisungsformulars an die Käuferbank und der damit bereits gesicherten Buchung zu deren Gunsten durch die S.I.C.O.V.A.M. erwirbt der kaufende Bankkunde Miteigentum¹⁵²⁾ an den sich im System der S.I.C.O.V.A.M. befindlichen Wertpapiere einer Art; die noch zu erfolgende Umbuchung durch die S.I.C.O.V.A.M. zugunsten der Käuferbank hat

150) siehe Seite 50; vgl. Ripert-Roblot, note 1805: "Le virement ne représente pas une cession de créance, mais une cession de propriété" (diese Auffassung ist für Roblot selbstverständlich, da er Anhänger der titres scripturaux ist);

151) cass. 12.7.1966 D.1966.614 (615), note Mazeaud: "La tradition réelle assure à l'évidence le respect de l'irrévocabilité";

152) dieser Miteigentumsanteil ist immer im Zusammenhang mit der ideellen Quote an der Ungeteiltheit der indivision zu sehen; siehe Seite 51 ff.;

nur deklaratorischen Charakter¹⁵³⁾. Der direkte Miteigentumserwerb des kaufenden Bankkunden tritt jedoch nur dann ein, wenn seine Kauforder an die Bank die einzige in der betreffenden Wertpapierart war; liegt eine Vielzahl von Kaufaufträgen derselben Wertpapierart bei der Depotbank vor, so kann sich die Bestimmung des Miteigentumsanteils zugunsten des Depotkunden daraus ergeben, dass die Belastung seines bei der Bank bestehenden Geldkontos dem Kaufpreis der Effekten entspricht¹⁵⁴⁾. Auch in diesem Fall ist ein direkter Erwerb des Miteigentumsanteils bezüglich der sich im System der S.I.C.O.V.A.M. befindlichen Wertpapiere einer Art gewährleistet, da die Übergabe eines Inhaberpapiers nicht nur bei Verschaffung des unmittelbaren Besitzes, sondern auch bei Einräumung der Verfügungsmacht über das Papier gegeben ist; diese für die Besitzübertragung ausreichende Verfügungsmacht ist im Rahmen des stückelosen Effektenverkehrs durch die Übergabe des "ordre de virement" an die Käuferbank und in der Möglichkeit der Bestimmung des Miteigentumsanteils zugunsten des kaufenden Depotkunden zu sehen¹⁵⁵⁾.

153) so richtig Rupf, S.114;

154) Marseille, 26.3.1958 RDC 1958 Nr. 23, S.405: "La cour en déduit qu'un revendiquant fait la preuve de sa propriété sur les titres, si au moment de leur achat, son compte comportait un solde créditeur et s'il a été débité du montant du prix d'achat";

155) Ist die Bestimmung des Miteigentumsanteils des kaufenden Depotkunden nicht möglich, so erwirbt die Käuferbank m.E. Zwischeneigentum; der Käufer erwirbt dann seinen Miteigentumsanteil erst mit der Buchung zu seinen Gunsten durch die Depotbank; die Buchung hat auch hier, was die Ersatzfunktion für den Besitz angeht, nur deklaratorischen Charakter, da die Übergabe des "ordre de virement" bereits als Ersatz für die unmittelbare Besitzverschaffung des Inhaberpapiers anzusehen ist. Die Buchung hat jedoch in diesem Falle die Aufgabe, den Umfang der Berechtigung des Hinterlegers im Verhältnis zu den übrigen Hinterlegern zu bestimmen (Befindet sich das Inhaberpapier ausserhalb der S.I.C.O.V.A.M.-Verwahrung, so ergibt sich der Umfang der Berechtigung

dd) Die Auffassung Herms

Eine sehr interessante Erklärung für den Eigentumsübergang der Effekten im Rahmen des Effekten-giroverkehrs findet man bei Herms¹⁵⁶⁾. Er ist der Ansicht, dass der "virement" ein Übergabesurrogat in Form der "tradition par interversion du titre" darstellt. Unter tradition par interversion du titre ist zunächst der Fall zu verstehen, daß der détenteur einer Sache nach aussen hin klar zu erkennen gibt, die Sache nunmehr als ihm gehörend besitzen zu wollen.¹⁵⁷⁾

Eine interversion du titre liegt aber auch dann vor, wenn der Pfandschuldner eine Sache vor Verpfändung bei einem Dritten verwahrt hat und Pfandgläubiger und Pfandschuldner diesen Dritten als "tiers convenu"¹⁵⁸⁾ vereinbaren. Der tiers convenu, der bisher Besitzvertreter des Pfandschuldners war, wird nunmehr détenteur des Gläubigers, aber nur dann, wenn die Änderung seines Besitzwillens nach aussen hin erkennbar wird. Diesen letzteren Fall will Herms auf den Eigentumsübergang im System der S.I.C.O.V.A.M. anwenden; in der Umbuchung der Effekten auf das Konto der Käuferbank erkläre

aus dem Papier selbst). Während der Umfang der Berechtigung sich in der Regel dadurch bestimmen lässt, dass die Belastung des bei der Bank bestehenden Geldkontos des Depotkunden genau dem Kaufpreis der Effekten entspricht, kann bei Mangel eines Geldkontos erst die Buchung den Umfang der Berechtigung bestimmen. Weder die französische Rechtsprechung noch die Literatur ist auf diese Fallgestaltung eingegangen; der Zwischeneigentums-erwerb der Bank wird immer lapidar mit dem Argument verneint, der Kommissionär sei nur ein "simple intermédiaire"; (vgl. aber Léauté, contrat de commission, S.223, der allerdings den Eigentumserwerb aufgrund des Konsensprinzips in Frage stellt;).

Festzuhalten bleibt, dass die Depotbank nach französischer Auffassung auch bei einer Vielzahl von Kaufaufträgen und mangelnder Bestimmungsmöglichkeit des Miteigentumsanteils kein Zwischeneigentum an den Effekten erhält.

¹⁵⁶⁾ Herms, S.36;

¹⁵⁷⁾ Dalloz, possession, note 75; Dalloz, tradition, note 29; vgl. Ferid, 3 A 102;

¹⁵⁸⁾ siehe Seite 70 ff.;

die S.I.C.O.V.A.M. ihren Willen, die Effekten von nun an für die Käuferbank verwahren zu wollen.

Sieht man erst in der Umbuchung der S.I.C.O.V.A.M. zugunsten der Käuferbank einen Übergang des Mit-eigentumsanteils auf den kaufenden Depotkunden, so käme man, da die Käuferbank¹⁵⁹⁾ bis zu einem Monat Zeit hat¹⁶⁰⁾, den ordre de virement bei der S.I.C.O.V.A.M. einzureichen, zu dem untragbaren Ergebnis, dass der Depotkunde der Käuferbank unter Umständen bis zu vier Wochen auf seinen Mit-eigentumsanteil an den sammelverwahrten Effekten warten müsste; dies ist jedoch weder mit dem Kundenschutz noch mit den Intentionen der Verfasser der VO vom 4.8.1949 zu vereinbaren, die mit der Schaffung des stückelosen Effektenverkehrs den Eigentumsübergang der sammelverwahrten Wertpapiere beschleunigen und vereinfachen wollten¹⁶¹⁾. Hat die Käuferbank den ordre de virement bei der S.I.C.O.V.A.M. noch nicht eingereicht, der Käufer den Kaufpreis der Effekten bereits an die Depotbank gezahlt und fällt die Käuferbank vor Übergabe des "Effektenschecks" an die S.I.C.O.V.A.M. in Konkurs, so wäre der Käufer, da noch nicht Miteigentümer am Sammelbestand, lediglich auf die Konkursquote angewiesen; dieses Ergebnis ist auch deswegen unbillig, weil der Depotkunde in der Regel keine Kenntnis davon hat, dass die Effekten im stückelosen Verkehr geliefert und auch sammelverwahrt werden sollen¹⁶²⁾.

159) Insofern erscheint mir die Tatsache, dass die Käuferbank und nicht, wie nach deutschem Recht, die Verkäuferbank den Überweisungsauftrag an die Sammeldepotstelle schickt, von erheblicher Bedeutung (vgl. aber Herms, S.35);

160) Instructions, S.13;

161) vgl. art.5 Abs.1 der VO vom 4.8.1949;

162) siehe Seite 27;

g) Zusammenfassung

Die Crux der französischen Sammelverwahrung ist in der Tatsache begründet, dass die Verfasser der VO vom 4.8.1949 zwar vom Eigentum der Hinterleger an den Effekten ausgehen, mit keinem Wort aber das Rechtsverhältnis der Hinterleger bezüglich der sich im System der S.I.C.O.V.A.M. befindlichen Wertpapiere erwähnt haben. Eine entsprechende Vorschrift, die der des § 6 DepG entspricht, fehlt in den Vorschriften über die S.I.C.O.V.A.M.-Verwahrung. Hinzu kommt, dass die französische Rechtsordnung kein Eigentum nach Bruchteilen kennt, sondern nur die "copropriété indivise", die den Hinterlegern nur eine ideelle Quote an der Unteilbarkeit, an den sich im System der S.I.C.O.V.A.M. befindlichen Effekten, gibt.

Vor diesem Hintergrund sind die Bestrebungen der französischen Lehre und Rechtsprechung zu verstehen, die, um den Eigentumsübergang im Rahmen der S.I.C.O.V.A.M. zu erklären, einerseits eine Trennung von Urkunde und Recht vorgenommen, andererseits durch die Schaffung der "titres scripturaux" das Papier während der S.I.C.O.V.A.M.-Verwahrung zu einem rechtlichen Nullum erklärt haben.

Nach der überwiegenden Meinung¹⁶³⁾ der Literatur und der Rechtsprechung wird mit Eintritt der Wertpapiere in das System der S.I.C.O.V.A.M. das Recht von der Urkunde getrennt, wobei trotz dieser Trennung die Existenz des nunmehr verbuchten Rechtes weiterhin von der Existenz der Urkunde abhängt; mit der verbuchten Berechtigung, über die der Hinterleger frei verfügen kann, hat er gleichzeitig einen ideellen Anteil an sich in der S.I.C.O.V.A.M. Verwahrung befindlichen Urkunden, aufgrund dessen

163, siehe Seite 48 ff.;

er die Papiere jederzeit herausverlangen kann. Diese Verbindung von verbuchter Berechtigung und ideellem Anteil an der Ungeteiltheit, der die jederzeitige Teilung der indivision, d.h. die Möglichkeit des Hinterlegers, sich jederzeit das Alleineigentum an den Papieren zu verschaffen, beinhaltet, ist wie ein dingliches Recht zu behandeln. Damit wird auf der einen Seite erreicht, dass der Hinterleger frei über die verbuchte Berechtigung verfügen kann, auf der anderen Seite, dass der Erwerber "Miteigentümer" der Effekten wird.

Die Auffassung von den titres scripturaux ist mit dem System der S.I.C.O.V.A.M. nicht vereinbar. Die nach dieser Meinung neu entstehende Wertpapierart, die gleichberechtigt neben Inhaber- und Namenspapieren steht, lässt sich nicht mit dem Handbestand der Banken in Einklang bringen; ferner entstehen Schwierigkeiten durch den Verlust der Eigenschaft als Inhaberpapiere, wenn die Urkunden aus dem System der S.I.C.O.V.A.M. ausscheiden¹⁶⁴⁾.

Für den Eigentumsübergang der Effekten im Rahmen der S.I.C.O.V.A.M. ist eine neue Wertpapierart nicht erforderlich; entscheidend ist vielmehr die Trennung der Urkunde von dem darin verbrieften Recht, ohne dass die Urkunden in ihrer Gesamtheit ihre Eigenschaft als Rechtsträger verlieren; nur so lässt sich ein reibungsloser Übergang von dem sich im System der S.I.C.O.V.A.M. befindlichen und dem umlaufenden Papier erklären.

Die Meinung der überwiegenden Literatur und der Rechtsprechung bezüglich der Übertragung der Effekten im stückelosen Verkehr kommt der Auffassung der "monnaie scripturale" bei der Geldüberwei-

164) siehe Seite 54;

sung¹⁶⁵⁾ sehr nahe. In beiden Fällen wird der Übertragungsvorgang verdinglicht. Die Buchung bei der Geldüberweisung bzw. die Übergabe des Überweisungsformulars oder die Buchung¹⁶⁶⁾ im Rahmen der S.I.C.O.V.A.M. sind Ersatz für die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes an der Sache. In diesem Sinne sind die sich in S.I.C.O.V.A.M.-Verwahrung befindlichen Wertpapiere Buch-Papiere (valeurs mobilières scripturales).

Wenn Rechtsprechung und Literatur sich bis heute gescheut haben, den Eigentumsübergang im stückelosen Effektenverkehr mit dem Eigentumsübergang der Geldüberweisung im Sinne der Lehre von der "monnaie scripturale" dem Grundsatz nach gleichzusetzen, so wohl deswegen, weil unter dem Begriff "titre scripturale oder valeur scripturale" die Auffassung Riperts von den "titres scripturaux" zu verstehen ist; der Begriff einer "valeur mobilière scripturale" in Anlehnung an den der "monnaie scripturale" würde in der französischen Lehre zu einer erheblichen Begriffsverwirrung führen.

6. Der dingliche Herausgabeanspruch der Hinterleger

Da die VO vom 4.8.1949 vom Eigentum der Hinterleger ausgeht, kann der Depotkunde die Wertpapiere mit der rei vindicatio herausverlangen.

Voraussetzung für den Herausgabeanspruch ist nach französischem Recht grundsätzlich eine bestimmte Sache (Spezialitätsprinzip)¹⁶⁷⁾.

165) siehe Seite 56 ff.;

166) siehe Seite 58;

167) siehe Seite 33 ff.;

Die französische Rechtsprechung wurde jedoch bereits im 19. Jahrhundert¹⁶⁸⁾ mit dem Problem des dinglichen Herausgabeanspruches bei vertretbaren Sachen konfrontiert. Ohne das Problem der Existenz dinglicher Rechte an vertretbaren Sachen allgemein zu erörtern, liess sie den Herausgabeanspruch auch bei mangelnder Identität zwischen der hinterlegten und der herausverlangten Sache unter der Voraussetzung zu, dass beide von gleicher Art und Güte waren. Die französischen Gerichte haben auch im 20. Jahrhundert den Herausgabeanspruch bei vertretbaren Sachen grundsätzlich¹⁶⁹⁾ anerkannt¹⁷⁰⁾. Um jedoch den Schein des Spezialitätsprinzips zu wahren, sieht die französische Rechtsprechung in der Gesamtheit einer Menge von vertretbaren Sachen eine bestimmte Sache (*corps certain*) und billigt den Berechtigten dieser "masse" gemeinsam einen Herausgabeanspruch (*revendication collective*) zu. Nachdem der französische Gesetzgeber durch die Rechtsfigur des *warrant pétrolier* dingliche Rechte an vertretbaren Sachen anerkannt hat, erscheint es folgerichtig, wenn die *cour de cassation* in ihrer

168) *cass. req.* 16.4.1866 S.66.1.249; Douai, 14.1.1869 D.P. 73.2.77; *cass.* 9.1.1888 D.p. 891.207; und Dijon, 15.6.1899 D.P. 1900.2.205;

169) Der Auffassung von Rupf (S.65), die Geltendmachung des Herausgabeanspruches setze heute den vollen Identitätsnachweis voraus, kann nicht zugestimmt werden; die Entscheidung des *cass. comm.* vom 8.10.1963 D. 1964.313 ist eine Ausnahme in der sonst kontinuierlichen Rechtsprechung, die den Herausgabeanspruch bei vertretbaren Sachen bejaht; vgl. *cass.* 13.4.1967 D. 1967.599;

170) *cass. req.* 13.2.1929, S.1929.1.181; Grenoble, 25.7.1931 *journ. soc.* 1932.413; Clermont-Ferrand, 9.11.1943 JCP 1944 II 2269; Besançon, 5.5.1943 D. 1945.1.38; *cass.* 7.12.1948 S.1949.1.159; Seine, 11.1.1962 D. 1962.595; Paris, 2.2.1963 D. 1965.377; *cass. comm.* 13.4.1967.599; vgl. Dalloz, *dr.comm.*, *faillite et régl. jud.*, note 2370 m.w.H., Anm. zu Trib. Seine Vasseur in D.1962. 595(603);

Entscheidung vom 13.4.1967¹⁷¹⁾ von einem Herausgabeanspruch der sich im System der S.I.C.O.V.A.M. befindlichen Wertpapiere ausgeht, ohne auf die "revendication collective" einzugehen. Die überwiegende Meinung in der Literatur hat sich ständig geweigert¹⁷²⁾, den Bestimmtheitsgrundsatz auch in Ausnahmefällen zu mildern, ohne jedoch die Herausgabe der sich im System der S.I.C.O.V.A.M. befindlichen Wertpapiere erklären zu können.

7. Der Aussonderungsanspruch der Hinterleger der Wertpapiere im Falle des Konkurses der Depotbank

Nach art.12 Abs.1 Satz 1 der VO vom 4.8.1949 haben die Eigentümer der hinterlegten Wertpapiere einen Aussonderungsanspruch nach art.574 code comm. bezüglich der Menge der Wertpapiere einer Art, gleichgültig, ob sich diese noch im Handbestand der Depotbank oder in Sammelverwahrung befinden.

Sind nicht genügend Wertpapiere im einheitlichen Bestand vorhanden, um die Aussonderungsansprüche zu befriedigen, so werden diese anteilmässig im Verhältnis ihrer Rechte geteilt. Dem Spezialitätsgrundsatz folgend, bestimmen art.64 und 65 des Konkursgesetzes vom 13.7.1967, dass es sich bei dem herauszuverlangenden Gegenstand um eine be-

171) D. 1967.599(606): "Que l'arrêt ajoute que ces derniers (Hinterleger der Wertpapiere) n'ont pas perdu pour autant leurs droits de propriété, d'où il suit en qualité de propriétaire, ils peuvent exercer l'action en revendication sans avoir établi que les titres existants sont identiquement ceux qu'ils avaient déposés; la fongibilité de ces actions excluant une telle preuve...";

172) vgl. Escarra cours, note 1584; Percerou-Dessertaux, t.2, S.427; Lyor-Caen-Renault, t.8, note 795; Houvin in RDC 1960.187(189); Juriscl. Banque et Bourse, fasc. 16, note 50;

stimmte Sache handeln muss¹⁷³⁾ und dass sie im Zeitpunkt des Aussonderungsanspruches in Natur vorliegen muss. Wie schon bei dem dinglichen Herausgabeanspruch aufgezeigt, hat die französische Rechtsprechung den Bestimmtheitsgrundsatz mit weniger Schärfe angewandt. Für die sich im System der S.I.C.O.V.A.M. befindlichen Wertpapiere hat der Kassationshof einen Aussonderungs- bzw. Herausgabeanspruch bezüglich vertretbarer Wertpapiere anerkannt¹⁷⁴⁾.

Während die Literatur bei der Erörterung des warrant pétrolier den Aussonderungs- bzw. dinglichen Herausgabeanspruch bezüglich fungibler Sachen mit der Ausnahme von der Regel begründet hat, hat sie sich ständig geweigert, dies bei der Herausgabe von Wertpapieren der gleichen Art zu tun. So betont Ripert¹⁷⁵⁾, dass es unzulässig sei, durch die VO vom 4.8.1949 die Grundsätze über den dinglichen Herausgabeanspruch zu ändern.

Der Aussonderungsanspruch der Wertpapiereigentümer richtet sich nach art.59 des Gesetzes vom 13.7.1967 gegen den Konkursverwalter und beinhaltet einen Antrag auf Teilung der "copropriété indivise" - des einheitlichen Bestandes von Wertpapieren der gleichen Art - wobei der Konkursverwalter Stellvertreter sämtlicher Hinterleger ist¹⁷⁶⁾. Mit dem Aussonderungsanspruch macht der Hinterleger den Auseinandersetzungsanspruch als gesetzlichen Vertreter der übrigen Berechtigten der "indivision" geltend. Dem Hinterleger ohne Identität der Nummern zurückgegebene Wertpapiere sind gesetz-

173) Paris, 26.3.1958 D.1958 Somm. 156; Paris, 16.11.1959 JCP 1960.2.1163 note Lambert;

174) vgl. Seite 33 ff.;

175) Ripert in Banque 1949.729(733);

176) Houin in rev. synd. et jud. 1960.149(155); Juriscl. Banque et Bourse, fasc. 16, note 46;

licher Ersatz für diejenigen, die er bei der Depotbank in Verwahrung gegeben hat. Im Zeitpunkt der Rückgabe endet die Trennung des verkörperten Rechts von der Urkunde, die Gläubigerrechte sind wieder in der Urkunde verbriefte.

Hat ein Hinterleger die Wertpapiere bei einer Depotbank verwahrt, die nicht dem System der S.I.C.O.V.A.M. angeschlossen ist und diese nunmehr die Papiere bei einem der S.I.C.O.V.A.M. angegliederten Kreditinstitut hinterlegt, so hat der Hinterleger im Falle des Konkurses der erstverwahren Bank einen direkten Aussonderungsanspruch gegen das der S.I.C.O.V.A.M. angegliederte Kreditinstitut (art.12 Abs.2 der VO).

Nach art.15 des Gesetzes vom 13.7.1967 sind sämtliche Handlungen des Gemeinschuldners den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam¹⁷⁷⁾.

Hat die Depotbank vor Konkurseröffnung der Wertpapiere an einen gutgläubigen¹⁷⁸⁾ Dritten veräußert, so kann der Hinterleger nach art.66 des Gesetzes vom 13.7.1967 von dem Erwerber den Kaufpreis verlangen, falls dieser ihn noch nicht an die Depotbank gezahlt hat¹⁷⁹⁾. Im anderen Falle hat der Hinterleger gegenüber der Depotbank lediglich eine Konkursforderung.

Sind die Wertpapiere eines einheitlichen Bestandes verloren gegangen oder infolge höherer Gewalt zerstört worden, so ist der Konkursverwalter nach

177) Ripert-Roblot, note 3018; Guyénot-cours, S.892;

178) Gutgläubig bedeutet in diesem Falle, dass der Erwerber im Zeitpunkt des Kaufes keine Kenntnis von der Zahlungseinstellung des späteren Gemeinschuldners hatte (Ripert-Roblot, note 3118; cass. comm. 19.5.1969 Bull. cass. 1969.4. Nr. 179; vgl. cass.req. 20.7.1939 Gaz. Pal. 1940.1.72;

179) vgl. Ripert-Roblot, note 3129;

art.13 der VO i.V. mit dem Dekret vom 11.1.1956 verpflichtet, ein Aufgebotsverfahren durchzuführen¹⁸⁰⁾.

Für den Teil der Wertpapiere, der durch höhere Gewalt zerstört und für den eine Neuankfertigung nicht möglich ist, wird die Depotbank nach art.13 Abs.3 der VO i.V. mit art.1929 code civil von ihrer Verpflichtung befreit d.h. die Hinterleger haben weder einen Aussonderungsanspruch noch eine Konkursforderung.

Beruhet der Verlust der Wertpapiere auf einem Verschulden der Depotbank oder der S.I.C.O.V.A.M., so können die Hinterleger gegenüber dem Konkursverwalter eine Konkursforderung geltend machen (vgl. art.13 Abs.4 der VO).

8. Die Verpfändung der sammelverwahrten Effekten

a) Einführung in das französische Pfandrecht

Die Pfandrechtsbestellung ist nach französischem Recht ein zur Forderung akzessorischer dinglicher Vertrag, der nach art.2071 code civil dadurch zustande kommt, dass der Eigentümer der Sache und der Pfandgläubiger sich über die Pfandrechtsbestellung einigen und die Übergabe der Pfandsache an den Pfandgläubiger oder an einen von den Parteien vereinbarten Dritten erfolgt (tiers convenu des art.2076 code civil); aus Publizitätsgründen wird das sonst im französischen Recht herrschende Konsensprinzip durchbrochen; um Dritten gegenüber wirksam zu sein, bedarf die Pfandrechtsbestellung nach art.2074 code civil der Schriftform, wobei das Pfandobjekt und die Höhe der zu sichernden Forderung anzugeben ist.

¹⁸⁰⁾ vgl. Seite 6 ff.;

Die französische Lehre unterscheidet zwischen einem bürgerlich rechtlichen und einem handelsrechtlichen Pfandrecht¹⁸¹⁾ (gage commercial).

181) Um die Voraussetzung für die Anwendung handelsrechtlicher Vorschriften zu verstehen, ist es erforderlich, die Entscheidungskriterien zu verdeutlichen, die das französische Handelsrecht gegenüber dem code civil abgrenzen. Nach der subjektiven Theorie ist das Handelsrecht ausschliesslich ein Recht der Kaufleute, ein *droit professionnel* (Chavrier, S.125; Giverdon in JCP 1949 I 770; Ripert-Roblot, note 333; Didier in D. chron. 1962.221(222)). Danach kommen handelsrechtliche Vorschriften nur für Personen zur Anwendung, die kraft Gesetzes Kaufleute sind oder Geschäfte betreiben, die vom Gesetz ausdrücklich als Handelsgeschäfte angesehen werden (vgl. 632 code comm.). Bis zur französischen Revolution folgte die französische Lehre dieser Theorie (vgl. Hamel-Lagarde-Jauffret, t.1, note 140; Rodière-Houin note 4), die die Person des Kaufmanns in den Mittelpunkt des Handelsrechts stellte. Im Laufe des 19. Jahrhunderts entwickelte die französische Lehre die objektive Theorie. Allen voran war es Pardessus (t.1, S.4), der nicht in der Person des Kaufmanns die Voraussetzung für die Anwendung handelsrechtlicher Normen sah, sondern das Handelsgeschäft (*acte de commerce*) in den Mittelpunkt des Handelsrechts stellte, mit der Folge, dass auch für einen Nichtkaufmann Handelsrecht zur Anwendung kommt, sofern dieser Geschäfte mit handelsrechtlichem Charakter abschliesst (*contrat commercial*). Die Schwierigkeit für die französische Lehre bestand und besteht darin, eine klare Definition des "*acte de commerce*" zu erarbeiten, die es ihr ermöglicht, Handelsgeschäfte von denen des code civil deutlich abzugrenzen. Nach der "*théorie de la circulation*" (Thaller in *Annales de droit comm.*, 1895.177(182)) besteht der Handel im Umlauf von Waren. Er umfasst die Gesamtheit der Handlungen, die zwischen Versendungsort und der Ankunft der Ware vorgenommen werden. Die "*théorie de la spéculation*" definiert den Handel als das Streben nach Gewinn mittels Übertragung von Gütern. Danach liegen die Voraussetzungen für einen "*acte de commerce*" bereits vor, wenn jemand ein Geschäft in der Absicht abschliesst, um am Handel teilzunehmen, Waren zu kaufen, um sie wieder zu verkaufen und um daran zu verdienen (vgl. Lyon-Caen-Renault, note 103; Ripert-Roblot, note 300;). Von Escarra stammt die "*théorie d'entreprise*" (*-l'entreprise est en somme la répétition professionnelle d'acte de commerce, reposant sur une organisation préalable;*); nach dieser Auffassung liegt ein "*acte de commerce*" dann vor, wenn ein Wirtschaftsunternehmen an dem Geschäft beteiligt ist; nach Escarra ist das Unternehmen dadurch charakterisiert, dass es eine berufsmässige Wiederholung von Geschäften wirtschaftlicher Art vornimmt, die auf einer bereits etablierten Organisation beruhen.

Kommen die Vorschriften über das handelsrechtliche Pfandrecht zur Anwendung, so ist die Schriftform für die Pfandrechtsbestellung nicht erforderlich¹⁸²⁾; nach art.91 i.V. mit art.109 code comm. ist für die Wirksamkeit des Vertrages jedes Beweismittel zulässig.

Der code de commerce bestimmt in seinem art.632 Abs.7, dass jedes Bankgeschäft¹⁸³⁾ als Handelsgeschäft anzusehen ist. Dies bedeutet aber nun nicht, dass bei der Verpfändung von Wertpapieren an die Depotbank unbedingt die Vorschriften des code de commerce Anwendung finden. Das französische Recht kennt keine dem § 345 HGB entsprechende Vorschrift, wonach auf ein Rechtsgeschäft, das nur für einen Teil ein Handelsgeschäft ist, die Vorschriften über Handelsgeschäfte für beide Teile zur Anwendung kommen. Vielmehr hängt die Anwendung handelsrechtlicher bzw. zivilrechtlicher¹⁸⁴⁾ Vorschriften davon ab, ob die der Pfandrechtsbestellung zugrundeliegende Forderung eine "dette commerciale" ist¹⁸⁵⁾. Entscheidendes Abgrenzungskriterium dafür, ob es sich um eine "dette civile" oder um eine "dette commerciale" handelt, ist der mit der Inanspruchnahme des Darlehens verfolgte Zweck¹⁸⁶⁾.

Ist das Rechtsgeschäft nur für einen Teil ein Handelsgeschäft (actes mixtes), so kommen die Vorschriften des code de commerce nur dann zur Anwen-

182) handelt es sich um eine Pfandrechtsbestellung nach dem code civil, so ist nach art. 2074 Schriftform erforderlich; s.Seite 70;

183) vgl. Dalloz, val. mob., note 403; Jauffret, dr. comm., S.99; vgl. cass. comm. 11.6.74 Banque 1975.92;

184) Vorschriften des code civil;

185) vgl. Guyénot in RDC 1961.269 (279 Note 4);

186) vgl. Jurisci., dr. comm., art.91-93, note 8; foyer in Le Gage comm., S. 49;

dung, wenn das Rechtsgeschäft für den Pfandgeber handelsrechtlichen Charakter hat¹⁸⁷⁾. Entsprechend diesen Grundsätzen bestimmt sich auch die Zuständigkeit des Handelsgerichts bzw. des tribunal civil. Wird derjenige, für den das Rechtsgeschäft kein Handelsgeschäft ist, vor dem tribunal de commerce verklagt, so ist er berechtigt, die Verweisung an das zuständige tribunal civil zu verlangen¹⁸⁸⁾. Will er selbst klagen, so hat er die Wahl zwischen dem "tribunal de commerce" oder "tribunal civil".

- b) Die Verpfändung der sich im System der S.I.C.O.V.A.M. befindlichen Wertpapiere

Obwohl die französische Rechtsprechung und Literatur¹⁸⁹⁾ bei der Definierung der Rechtsnatur des compte courant de titres davon ausgeht, dass die in den Wertpapieren verkörperten Rechte in den Buchungsposten der Depotbank verkörpert sind, wird diese Trennung der verkörperten Rechte von der Urkunde¹⁹⁰⁾ bei der Verpfändung der Wertpapiere überhaupt nicht oder nur inkonsequent vollzogen¹⁹¹⁾.

Da der Gegenstand der Verpfändung die verbuchte Berechtigung in den Büchern der Depotbank ist¹⁹²⁾, ist es schlechterdings unmöglich, die sich im einheitlichen Bestand befindlichen Wertpapierurkunden

187) Juriscl., dr. comm., art. 632 fasc. D, note 151; Hamel-Lagarde-Jauffret, t.1, note 185;

188) cass. 8.5.1907 D.P. 1911.1.122; cass. req. 1.7.1908 D.P. 1909.11; cass. 6.5.1930 D.P. 1930.363; 22.6.1943 D.C.1944 J 83; Besançon 21.6.1955 D.1956 Somn. 47; cass. comm. 6.6.1960 D.1960 Somn. 114;

189) vgl. Seite 48 ff.;

190) vgl. Dérupe in Le gage comm., note 13;

191) vgl. Rüpf (S.122), der vom entdinglichten Charakter der verbuchten Berechtigung spricht;

192) Guyénot in RDC 1961.269, note 13;

als Pfandobjekt anzusehen. Trotzdem sieht die französische Lehre als Pfandgegenstand die Wertpapierurkunden an, ohne dies jedoch dogmatisch zu begründen. Obwohl Guyénot¹⁹³⁾ ausdrücklich betont, dass es in keinem Augenblick und in keiner Hinsicht mehr möglich ist, die Verpfändung der sich im System der S.I.C.O.V.A.M. verwahrten Wertpapiere als Verpfändung von körperlichen Sachen anzusehen ("Toutes les opérations portant sur le droit s'effectuent en dehors du titre"), schreibt er nur einige Zeilen später ohne nähere Begründung, dass die Wertpapierurkunden dennoch Gegenstand des Pfandrechts sein können¹⁹⁴⁾. Die dabei aufgeworfene Problematik des Bestehens von Pfandrechten an vertretbaren Sachen ist insofern irrelevant, als Pfandgegenstand das Forderungsrecht des Hinterlegers gegenüber dem Emittenten ist, einst verkörpert in der Urkunde, nunmehr in dem Buchungsposten der Depotbank. Führt man den Gedanken, dass der Pfandgegenstand eine Forderung¹⁹⁵⁾ ist, konsequent zu Ende, so erfolgt die Verpfändung der sich im "compte courant" befindlichen Wertpapiere durch schriftlichen Verpfändungsvertrag mit der Depotbank und normalerweise durch Anzeige des Hinterlegers an den Emittenten der Wertpapiere als Schuldner der verpfändeten Forderung (art.2075 code civil)¹⁹⁶⁾.

Unter Berücksichtigung der buchungsmässigen Erfassung in den Büchern der Depotbank, erfolgt die Anzeige nicht an den Emittenten, sondern an die Depotbank, die die Verpfändung in ihren Büchern buchungsmässig kennzeichnet.

193) Guyénot, a.a.O., note 3 und 13;

194) Guyénot, a.a.O., note 13: "Les actions déposées peuvent cependant être données en nantissement";

195) Goré, a.a.O., note 143;

196) art.2075: "...signifié au débiteur de la créance donnée au gage";

Verpfändet der Hinterleger die Wertpapiere an einen Dritten, so ist nach art.15 Abs.2 der VO vom 4.8.1949 in dem Verpfändungsvertrag der Zeitpunkt der Verwahrung im "compte courant" und der Name der Depotbank anzugeben. Auch hier ist die Anzeige an die Depotbank erforderlich, die zugunsten des Pfandgläubigers ein Sonderkonto¹⁹⁷⁾ eröffnet, auf dem sie die verpfändeten Wertpapiere buchungsmässig kennzeichnet.

c) Zusammenfassung

Gegenstand des Pfandrechts ist die in den Büchern der Depotbank verkörperte Forderung gegenüber dem Emittenten. Um dem Effektengiroverkehr Rechnung zu tragen, erfolgt die Anzeige nicht gegenüber dem Emittenten, sondern gegenüber der Depotbank, die eine entsprechende Buchung vornimmt. Die Unebenheiten der Verpfändung von den sich im System der S.I.C.O.V.A.M. befindlichen Wertpapieren rühren daher, dass die französische Lehre, um den freien dinglichen Rechtserwerb im "compte courant" erklären zu wollen, eine Trennung zwischen Urkunde und verkörpertem Recht vorgenommen hat, bei der Verpfändung doch inkonsequenterweise diese Trennung nicht wahrhaben will und als Pfandgegenstand die Wertpapierurkunden ansieht.

9. Die Zwangsvollstreckung gegenüber dem Depotkunden durch dessen Gläubiger

Der Schuldner haftet nach art.2092 und 2093 code civil für seine Schulden mit dem gesamten Vermögen¹⁹⁸⁾.

197) Goré, a.a.O., note 143;

198) vgl. Guillaume, S.9; Dalloz, dr.civil, action oblique, note 1;

Art. 8 der VO bestimmt, dass ein saisie-arrêt in die zugunsten der Depotbanken bei der S.I.C.O.V.A.M. errichteten Konten nicht zulässig ist. Diese Vorschrift ist als Schutz des reibungslosen Effekten-giroverkehrs zu verstehen, nicht jedoch dahingehend, dass die sich in Sammelverwahrung befindlichen Wertpapiere der Pfändung durch die Gläubiger völlig entzogen wären.

Gegenstand¹⁹⁹⁾ der saisie-arrêt ist vielmehr der Herausgabeanspruch des Schuldners (Depotkunden) gegenüber der Depotbank (Drittschuldner), der bezüglich der sich in einer "copropriété indivise" befindlichen Wertpapierurkunden ein teilweises Teilungsverlangen der indivision beinhaltet. Aufgrund der saisie-arrêt wird der Depotbank verboten, die der verbuchten Berechtigung entsprechende Menge von Wertpapieren an den Schuldner (Hinterleger) herauszugeben und sich jeder Verfügung über die sich im System der S.I.C.O.V.A.M. verwahrten Wertpapiere zu enthalten. Aufgrund des "jugement de validité" wird der Gläubiger Inhaber des Herausgabeanspruchs; da er dadurch jedoch nicht Eigentümer der Wertpapiere wird, muss er zwecks Verwertung der Wertpapiere eine saisie-exécution erwirken und sich aus dem Verkaufserlös befriedigen.

Der Gläubiger des Hinterlegers kann auch die Verwertung der Wertpapiere ohne saisie-arrêt dadurch erreichen, dass er die "action oblique" des art.1166 code civil gegenüber der Depotbank geltend macht.

199) s.Seite 65 ff.; Gegenstand der saisie-arrêt ist nicht die ideelle Quote an der Ungeteilttheit des einheitlichen Bestandes der Wertpapiere einer Art; dies würde dem Gläubiger auch nichts nützen, da art.2205 code civil i.V. mit art.883 code civil die Pfändung der ideellen Quote an der indivision verbietet (vgl. Seite 42).

Diese Vorschrift gestattet es dem Gläubiger, die Ansprüche seines Schuldners (des Hinterlegers der Wertpapiere) in dessen Namen gegen dessen Schuldner (die Depotbank) geltend zu machen²⁰⁰⁾. Zweck dieser Vorschrift ist es, ausstehende Vermögenswerte des Schuldners in dessen Vermögen zurückzuführen, um sich dann im Wege der saisie-exécution aus dem Verkaufserlös zu befriedigen²⁰¹⁾.

Voraussetzung für die "action oblique" ist, dass die Forderung des Schuldners fällig und bestimmt ist und in eine Geldforderung übergehen kann²⁰²⁾. Ferner muss sich der Schuldner weigern, diesen Anspruch gegenüber seinem Schuldner (Depotbank) geltend zu machen²⁰³⁾. Ferner muss der Gläubiger ein persönliches Interesse an der Geltendmachung des Anspruches seines Schuldners haben. Dieses Interesse ist immer dann gegeben, wenn der Schuldner (Hinterleger der Wertpapiere) zahlungsunfähig ist.

In der Praxis kommt die "action oblique" nicht allzu häufig vor. Der Gläubiger, der die Wertpapiere seines Schuldners (des Hinterlegers) durch Geltendmachung des Herausgabeanspruches gegenüber der Depotbank in dessen unmittelbaren Besitz zurückführt, hat keinerlei Vorzugsrechte gegenüber dem Zugriff anderer Gläubiger. Der einzige Vorteil für den Schuldner besteht darin, dass er keinen Vollstreckungstitel für den Herausgabeanspruch be-

200) vgl. Ferid, 2 E 9; Dalloz, dr.civil, action oblique, note 5; Mazeaud, t.2, note 959;

201) Mazeaud, a.a.O., note 961: "Il s'agit donc seulement de faire rentrer matériellement dans le patrimoine un droit qui y figure juridiquement";

202) die gleichen Voraussetzungen für die Pfändung einer Forderung;

203) Mazeaud, note 966;

nötigt. Würde der Herausgabeanspruch²⁰⁴⁾ des Hinterlegers nicht gleichzeitig eine Teilung der sich in der "indivision" - des einheitlichen Bestandes der Wertpapiere einer Art - befindlichen Wertpapiere bedeuten, so wäre die action oblique der einzige Weg, um die Wertpapiere im Wege der saisie-exécution zu pfänden.

10. Die Zwangsvollstreckung gegenüber der Depotbank

Hat ein Gläubiger einen vollstreckbaren Titel gegenüber der Depotbank, so kann er den aufgrund des Verwahrungsvertrags zwischen der Depotbank und der S.I.C.O.V.A.M. bestehenden Herausgabeanspruch²⁰⁵⁾ nicht pfänden, da dies bedeuten würde, dass die S.I.C.O.V.A.M. sich jeder Verfügung des zugunsten der Depotbank bestehenden Effektenkontos enthalten müsste; dem steht art.8 der VO vom 4.8.1949 entgegen.

Ein Vorgehen nach art.1166 code civil scheitert daran, dass der Herausgabeanspruch der Depotbank gegenüber der S.I.C.O.V.A.M. nicht ein Teilungsverlangen der sich in der "copropriété indivise" befindlichen Wertpapiere beinhaltet, da das Teilungsverlangen ausschliesslich dem Hinterleger als Berechtigtem der indivision zusteht. Da die Depotbank nicht Mitberechtigte der indivision ist, kann auch ein Gläubiger mangels Bestehens einer Mitberechtigung keine Rechte im Namen der Depotbank geltend machen.

204) Vor allen Dingen in einem Fall besteht für den Gläubiger Interesse, die action oblique anzuwenden, wenn er die ideelle Quote einer indivision "pfänden" will. Da diese Pfändung jedoch nach art. 2205 code civil verboten ist, kann er im Namen seines Schuldners (des Mitberechtigten der indivision) die Teilung verlangen und sich anschliessend im Wege der saisie-exécution befriedigen;

205) vgl. Instruction à l'usage des adhérents, S.7;

11. Die Verwahrung ausländischer Effekten im
System der S.I.C.O.V.A.M.

Ausländische Inhaberpapiere können nach art.19 bis der VO vom 4.8.1949 bei der S.I.C.O.V.A.M. verwahrt werden, falls eine Genehmigung des Ministers der Wirtschaft und Finanzen vorliegt und die Wertpapiere sammeldepotfähig sind. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so sind ausländische Inhaberpapiere grundsätzlich²⁰⁶⁾ wie inländische Effekten zu behandeln²⁰⁷⁾.

Während französische Namenspapiere²⁰⁸⁾ nicht im System der S.I.C.O.V.A.M. verwahrt werden können, ist dies bei ausländischen Namenspapieren nach art.19 der VO vom 4.8.1949 möglich. Nach dieser Vorschrift können die Eigentümer von ausländischen Namenspapieren das in das Register der Emissionsgesellschaft eingetragene Recht durch Vermittlung der Depotbank auf den Namen der S.I.C.O.V.A.M. umschreiben lassen. Durch die Einlieferung der "certificats nominatifs" durch die Depotbank (art.25 Abs.1 régl. général) und die Umschreibung auf den Namen der S.I.C.O.V.A.M. werden die Namenspapiere fungibel²⁰⁹⁾.

206) Da die Inhaberpapiere nach französischem Recht bewegliche Sachen sind, gilt nach den Regeln des internationalen Privatrechts französisches Recht (lex rei sitae; vgl. Dalloz, val.mob., note 868; Dalloz, droit intern. biens, note 27; Battifol, t.2, S.154; Niboyet, S.691); Bei Namenspapieren gilt infolge Eigentumsübertragung durch Registereintragung (s.Seite 8 ff.) nach internationalem Privatrecht das Recht des Gesellschaftsitzes des Emittenten (vgl. Lossouarn, S.337); wird jedoch ein Register ausserhalb des Ursprungslandes gehalten (so bei einigen ausländischen Gesellschaften in Frankreich), so kommt französisches Recht zur Anwendung.

207) Dalloz, val. mob., note 616;

208) titres essentiellement nominatifs, die nach der Satzung des Emittenten nicht in Inhaberpapiere umgewandelt werden können;

209) Dalloz, val. mob., note 621;

Durch diese Umschreibung ist die S.I.C.O.V.A.M. verpflichtet, die Verwaltung der Effekten gegenüber der ausländischen Emissionsgesellschaft durchzuführen. Sie handelt dabei nach art.19 Abs.2 der VO vom 4.8.1949 gegenüber dem ausländischen Emittenten als Beauftragte der Rechtsinhaber (der *propriétaires réels*²¹⁰⁾), die ihr Eigentumsrecht durch Vermittlung der S.I.C.O.V.A.M. ausüben²¹¹⁾. Die Rechtsstellung der S.I.C.O.V.A.M. ist vergleichbar mit der eines "nominee"²¹²⁾ nach englischem Recht. Gegenstand der Verfügung ist die in den Büchern der S.I.C.O.V.A.M. zugunsten der Depotbank eingetragene Berechtigung des Depotkunden. Verlangt der Depotkunde die in den Büchern der S.I.C.O.V.A.M. verbuchten Rechte heraus, so ist diese verpflichtet, von dem Emittenten die Lieferung der Wertpapierurkunde zu verlangen (art.30 *règl. général*) und diese dem Berechtigten auszuhändigen.

210) Obwohl eine Umschreibung der Namenspapiere auf die S.I.C.O.V.A.M. stattfindet, bleiben die Depotkunden Eigentümer der Namenspapiere; die S.I.C.O.V.A. M. hat gegenüber den Eigentümern eine Treuhänderstellung;

211) Gavalda, S. 796; Moreau-Néret, S.234; vgl. *cass. comm.* 13.2.1967 D.S.1967.599 (600);

212) vgl. *Instructions*, S.38;

§ 4 DIE EFFEKTENKOMMISSION

Will jemand Wertpapiere kaufen oder verkaufen, so beauftragt er in der Regel eine Bank B_1 , den Verkauf bzw. den Kauf der Papiere vorzunehmen. Diese beauftragt einen Börsenmakler, der mit dem Börsenmakler¹⁾ der Bank B_2 den Kaufvertrag bezüglich der Effekten abschliesst.

Der Auftraggeber kann sich aber auch direkt an den Börsenmakler wenden und diesen mit dem Effektingeschäft betrauen; in diesem Fall spart er die Provision der Bank; in der Praxis nehmen die Börsenmakler jedoch nur Aufträge von kapitalkräftigen Kunden an.

I. Die Rechtsnatur der Effektenkommission

Die Effektenkommission ist im französischen Recht nicht besonders geregelt; ihre rechtliche Grundlage bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften über das Kommissionsgeschäft nach art.94 ff. des code de commerce. Nach art.94 Abs.1 code comm. ist derjenige Kommissionär, der im eigenen Namen für Rechnung des Kommittenten handelt; nach art.94 Abs.2 dieser Vorschrift bestimmen sich die Rechte und Pflichten des Kommissionärs, der für Rechnung des Kommittenten handelt, nach den Vorschriften des mandat gemäss art. 1984 ff. code civil²⁾.

Während die ersten Kommentatoren des code de commerce die Vorschrift des art.94 Abs.2 code civil

1) es sei denn, die kaufende und verkaufende Bank sind Kunden bei demselben Börsenmakler;

2) Dalloz, mandat, note 45; Hamel in Hamel, commission, préface, S.9; Derrida in Hamel, a.a.O., S.85;

restriktiv auslegten³⁾ und nur denjenigen als Kommissionär ansahen, der im eigenen Namen für fremde Rechnung handelte, hat ein Teil⁴⁾ der französischen Lehre in der Folgezeit das Kommissionsgeschäft als einen Auftrag mit handelsrechtlichem Charakter (mandat commercial) definiert und auch denjenigen als Kommissionär betrachtet, der im Namen des Kommittenten handelte.

Aber schon Lacour-Bouteron⁵⁾ hat sich gegen diese Auffassung gewandt und betont, dass nur derjenige Kommissionär sein kann, der im eigenen Namen für fremde Rechnung handelt. Der überwiegende Teil der heutigen Lehre hat sich dieser Auffassung angeschlossen⁶⁾. Die französische Rechtsprechung hat schon sehr früh klargestellt, dass derjenige, der im Namen eines anderen handelt, kein Kommissionär sein kann⁷⁾.

II. Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Bankkunden (Kommittenten) und der Bank (Kommissionär)

Bei der Beurteilung des Rechtsverhältnisses zwischen Bankkunden (Kommittent) und der Bank (Kommissionär) sind die Vorschriften des "mandat" nach art.1984 ff. code civil heranzuziehen⁸⁾.

1. Die Ausführungspflicht und Nichterfüllung durch die Bank

Die französische Rechtsprechung ging früher davon aus, dass die Bank gemäss art.1991 I, 1 code civil

3) Pardessus, t.2, note 563; Vincens, t.2, S.113;

4) Delamarre-Le Poitvin, S.42; Lyon-Caen-Renault, t.3, note 419; vgl. Dalloz, commission, note 14;

5) Lacour-Bouteron, t.1, note 938 (Auf. 1925);

6) Ripert-Roblot, note 2632; Jaubert, note 33; Hémar, t.2 note 686, S.39; Rodière-Houin, note 176; Derrida in Hamel, commission, S.88;

7) vgl. cass. comm. 10.2.1970 D.1970.392;

8) vgl. Froissart-Normand in dr. fin. 1909.652 (653);

lediglich verpflichtet war, die Verkaufs- bzw. Kauforder an den Börsenmakler weiterzuleiten (mandat de transmission)⁹⁾; übermittelt die Bank den Effektenauftrag nicht entsprechend den Weisungen des Kunden an den Börsenmakler, so ist sie nach art.1991 I, 2 code civil verpflichtet, dem Bankkunden den durch die Nichterfüllung des Auftrages entstandenen Schaden zu ersetzen; ein schuldhaftes Handeln der Bank liegt dann vor, wenn sie den Auftrag nicht nach den Regeln eines "bon professionnel de la même catégorie" ausführt¹⁰⁾.

Nach Auffassung der heutigen Lehre¹¹⁾ und Rechtsprechung¹²⁾ ist die Bank als Beauftragte nach art.1991 I, 1 code civil verpflichtet, dem Kunden im Falle der Verkaufskommission den Kaufpreis herauszugeben, im Falle der Einkaufskommission die Effekten zu liefern; erst mit der Übergabe des Kaufpreises bzw. der Lieferung der Effekten ist seine Ausführungspflicht nach art.1991 I, 1 code civil erfüllt¹³⁾. Da es sich aufgrund von Bankusancen bei der Effektenkommission um eine "commission ducroire"¹⁴⁾ handelt, haftet die Bank auch bei Nichtverschulden.

9) Dalloz, bourse de valeur, note 351; der Verweis auf die Entscheidung der Cour d'appel 30.11.1948 D.1949.173 ist falsch, da in dieser Entscheidung ausgeführt wird, dass die Bank zur Lieferung der Effekten bzw. der Zahlung des Kaufpreises an Bankkunden verpflichtet ist;

10) Juriscl. Banque et Bourse, fasc. 8, note 11; Derrida, a.a.O., S.88; Gavalda in Anm. zu 12.7.1971 D.1972.153;

11) Vasseur, fasc. 7, S.686;

12) Douai, 30.11.1948 D.1949.173: "... un banquier qui a reçu un ordre d'achat de valeurs mobilières ne peut considérer son mandat comme accompli ni la transmission de l'ordre à l'agent de change, ni après l'achat des titres par ce dernier, mais uniquement par la livraison desdits titres au client";

13) siehe Anm. 12;

14) Juriscl., a.a.O., fasc.14, note 11; Hamel-Lagarde-Jauffret, note 1852; Rennes, 15.6.1930 D.P. 1931.2.69; Vasseur, fasc.7, S.686; Rodière-Rives-Langes, note 409;

für die Zahlung des Kaufpreises bzw. die Lieferung der Effekten¹⁵⁾.

Der französische Gesetzgeber hat die Delkrederekommission mit keinem Wort erwähnt; sie wurde von Rechtsprechung und Literatur entwickelt. Die Rechtsnatur der "commission du croire" ist in der französischen Literatur stark umstritten. Ein Teil der französischen Lehre¹⁶⁾ und die cour de cassation¹⁷⁾ sehen in der Vereinbarung des "star del credere" eine Bürgschaft. Mit Recht ist diese Auffassung auf Widerstand gestossen¹⁸⁾. Die Bürgschaft ist ein zur Hauptschuld akzessorischer Vertrag; läge eine Bürgschaft vor, so hätte der Vertragspartner des Kommissionärs gegenüber dem Kommittenten die Verpflichtung übernehmen müssen, dass er für die Erfüllung auch bei Nichtverschulden einsteht. Im Falle der Effektenkommission ist es jedoch die Bank (Kommissionär), die gegenüber dem Bankkunden dafür einsteht, dass die Lieferung der Effekten erfolgt bzw. der Kaufpreis gezahlt wird. Ein anderer Teil¹⁹⁾ sieht in der Delkrederehaftung eine Art Versicherungsvertrag; diesen hat

15) Léauté in Hamel, commission, S.228; Vasseur in Hamel, a.a.O., S.179; Dalloz, commissionnaire, note 106; Jaubert, note 67; Hénard, t.2, note 713; Goré in Hamel, a.a.O., S.282; der commissionnaire du croire haftet auch bei Nichterfüllung durch höhere Gewalt; so bereits Paris 10.2.1830 in Journ. Marseille 1830.1.106: "Attendu qu'en règle générale, le commissionnaire perçoit une commission pour la garantie de vente qu'il fait à terme est garant de la solvabilité de l'acheteur quels que puissent être les événements qui le mettent dans l'impossibilité de payer..."; (vgl. auch Paris 20.5.1926 Journ. trib. comm. 1927.265);

16) Wahl, note 1351; Derrida in Hamel, a.a.O., S.107;

17) cass. Req. 6.3.1935 S.1935.1.20;

18) Lyon-Caen-Renault, t.3, note 452; Goré in Hamel, a.a.O., S.300; Ripert-Roblot, note 2653;

19) Lyon-Caen-Renault, t.3, note 452; Thaller-Perceyrou, t.1 note 1128; Lacour-Bouteron, t.1, note 948;

unter anderem Hémard²⁰⁾ richtigerweise kritisiert; zwar besteht bei der "commission ducroire" das einem Versicherungsvertrag innewohnende Risiko für den Kommissionär, nämlich die Nichterfüllung durch einen Dritten; gegen einen Versicherungsvertrag spricht jedoch die Tatsache, dass bei der Übernahme der Haftung durch den Kommissionär im Falle der Nichterfüllung durch dessen Vertragspartner keine für den Versicherungsvertrag typische Haftungsverlagerung stattfindet (vom Versicherten auf den Versicherer). Bei der commission ducroire ist es immer der Kommissionär, der haftet. Die heutige Lehre sieht in der commission ducroire eine Art Garantievertrag sui generis²¹⁾ und verzichtet darauf, sie mit den Vertragstypen herkömmlicher Art erklären zu wollen.

a) Die Ausführungspflicht der Bank im einzelnen

Die mit dem Verkauf von Effekten beauftragte Bank ist nach art.1991 I, 1 code civil und nach Bankusancen verpflichtet, den Börsenmakler unverzüglich mit dem Verkauf der Effekten zu beauftragen; gibt ein Kunde einer Pariser Bank vor 11 Uhr²²⁾ den Auftrag, seine Wertpapiere zu verkaufen, so muss diese den Auftrag sofort an den Börsenmakler weiterleiten, damit dieser den Verkauf noch am selben Tag vornehmen kann²³⁾. Wird eine Provinzbank mit dem Verkauf von Effekten an der Pariser Börse beauftragt und erfolgt der Verkauf nicht

20) Hémard, assurance, note 56; vgl. Ripert-Roblot, note 2653;

21) Goré in Hamel, a.a.O., S.289, 297, 303 und 307; Hémard, t.2, note 715, S.85; Vasseur, fasc. 5, S.759; Ripert-Roblot, note 2653;

22) Die Pariser Börse ist vor 12.30 h - 14 h geöffnet;
23) Seine, 9.12.1927 Gaz.Pal. 1928.1.706;

zwei Tage nach der Verkaufsoorder durch den Pariser Börsenmakler, so ist die Bank nach art.1991 I, 2 code civil und nach Bankusancen verpflichtet, dem Auftraggeber Schadenersatz zu leisten, falls der Kurs der Papiere inzwischen gefallen ist²⁴⁾. Die Bank hat sich strikt an die Weisungen des Kunden zu halten; verkauft oder kauft sie nicht zu dem von dem Kunden festgesetzten Börsenkurs oder Zeitpunkt und erleidet dieser durch die Kursdifferenz einen Schaden, so wird sie nach art.1991 I, 1 code civil schadenersatzpflichtig. Hat der Auftraggeber der Bank keine Anweisungen bezüglich des Effektengeschäfts erteilt, so ist die Bank verpflichtet, den Kommissionsauftrag des Kunden "au mieux de ses intérêts" abzuschliessen, d.h. sie haftet ihm dafür, dass das Effektengeschäft zum ersten Kurs nach Öffnung der Börse gehandelt wird²⁵⁾.

2. Die Informationspflicht der Bank

Gemäss art.1993, 1 code civil ist der Kommissionär (Bank) verpflichtet, spätestens nach Ausführung des Effektenauftrages den Bankkunden über das "Dass" und das "Wie" des Kommissionsgeschäftes zu unterrichten. Um eventuellen Schadenersatzansprüchen des Bankkunden vorzubeugen, besteht

24) vgl. Juriscl. Banque et Bourse, fasc. 13, note 8;

25) vgl. Aerman, S.30;

besonders bei der "commission non impérative"²⁶⁾ für den Kommissionär grosses Interesse, den Kommittenten während der Ausführung des Auftrages²⁷⁾ über den Gang der Dinge zu unterrichten²⁸⁾. Liegt zwischen der Erteilung und der Ausführung des Auftrages ein grösserer Zeitraum, so ist die Bank verpflichtet, vor Ausführung der Kommission von dem beabsichtigten Kauf bzw. Verkauf der Effekten Mitteilung zu machen²⁹⁾. Informiert die Bank ihren Kunden nach Ausführung des Kommissionsauftrages nicht über den Kauf bzw. Verkauf der Effekten, so läuft sie Gefahr, den Anschein zu erwecken, für eigene Rechnung gehandelt zu haben. Die Bank ist ferner nach art.1993, 2 code civil verpflichtet, dem Kunden über alles Mitteilung zu machen, was sie im Rahmen des Effektenauftrages erlangt hat.

3. Die Sorgfaltspflichten der Bank bei der Ausführung des Kommissionsauftrages

a) Die Sorgfaltspflichten beim Verkauf abhandengekommener Effekten

Hat der Kunde die Bank mit dem Verkauf gestohlener Effekten beauftragt und waren diese bereits im

26) Die französische Literatur unterteilt das Kommissionsgeschäft entsprechend den Anweisungen des Kommittenten in drei Kategorien. Eine "commission impérative" liegt dann vor, wenn der Kommissionär genaue Anweisungen bezüglich der Ausführung seines Auftrages erhält. Bei der "commission indicative" erteilt der Kommittent den Auftrag "au mieux de ses intérêts"; bei der "commission facultative" erteilt der Kommittent keine Anweisungen; auch hier ist der Auftrag zum Besten des Kommittenten auszuführen. Diese Unterteilung, die in der französischen Literatur des öfteren vorgenommen wird, hat nur theoretischen Charakter; gibt der Bankkunde keine exakten Anweisungen, so ist der Auftrag immer zum Besten des Bankkunden auszuführen.

27) besonders bei Börsentermingeschäften;

28) Hémar, a.a.O., note 703;

29) Dalloz, a.a.O., note 83;

"Bulletin des oppositions"³⁰⁾ veröffentlicht, so hat die Bank als Beauftragte grundsätzlich nicht die Pflicht, vor Ausführung des Effektenauftrages zu überprüfen, ob die Effekten mit Mängeln behaftet sind³¹⁾. Diese Pflicht trifft vielmehr nach art.1641 code civil den Bankkunden als Verkäufer der Effekten³²⁾. Die Bank, die gegenüber dem Börsenmakler zur Lieferung mangelfreier Effekten verpflichtet ist, hat ihrerseits gegenüber dem Bankkunden nach art.9 der VO vom 11.1.1956 einen Anspruch auf Lieferung von Effekten, deren Nummern nicht in dem Bulletin des oppositions veröffentlicht sind. Kann der Bankkunde keine mangelfreien Effekten liefern, so ist die Bank berechtigt, den Kauf von Effekten der gleichen Art auf Kosten des Bankkunden vorzunehmen³³⁾.

Befanden sich die Effekten im Zeitpunkt der Verkaufsorder durch den Bankkunden bereits im Wertpapierdepot der Bank, so ist diese aufgrund der mit der Verwahrung verbundenen Verwaltung³⁴⁾ der Effekten verpflichtet zu überprüfen, ob die Effekten nicht in dem Bulletin des oppositions veröffentlicht oder mit einem sonstigen Mangel behaftet sind³⁵⁾. Nimmt die Bank eine diesbezügliche Überprüfung nicht vor und erleidet der Bankkunde durch den Effektenverkauf einen Schaden, so ist sie ihm gegenüber nach art.1992 Abs.1 code civil schadenersatzpflichtig.

30) siehe Seite 7;

31) vgl. cass. comm.12.2.1968 Bull.civ. IV Nr.60;

32) Lyon, 30.3.1933 S.1934.2.47; Paris, 2.3.1926 dr. fin. 1926.195; Marseille, 17.3.1925 dr. fin. 1926.455;

Castres, 20.3.1958 Banque 1958.708; vgl. Aerman, S.176;

33) Juriscl. Banque et Bourse, fasc. 15, note 25;

34) siehe Seite 21;

35) vgl. Aerman, S.178; Juriscl. Banque et Bourse, fasc. 15, note 40; Gavalda in Ann. zu cass. comm.11.7.1971 D.1972.153;

b) Die Beratungs- und Aufklärungspflicht der Bank gegenüber dem Bankkunden

Aus den Vorschriften des mandat ergibt sich kein Anhaltspunkt, aufgrund dessen die Bank verpflichtet wäre, den Bankkunden beim Kauf oder Verkauf der Effekten zu beraten.

Die französischen Gerichte haben in ständiger Rechtsprechung³⁶⁾ die Auffassung vertreten, dass es nicht zu den Pflichten einer Bank gehöre, den Kunden beim Effektenkauf zu beraten. Tue sie es dennoch, so könne der Kunde, der aufgrund der Ratschläge seiner Bank infolge des Effektenkaufes Nachteile erleidet, ihr gegenüber keine Schadenersatzansprüche geltend machen, es sei denn, die Bank handle arglistig³⁷⁾.

In der neueren Literatur mehren sich die Stimmen³⁸⁾, die dem Beauftragten, falls der Auftrag entgeltlich ist, Beratungs- und Aufklärungspflichten auferlegen, falls es sich bei dem Auftraggeber um eine Person handelt, die mit den Geschäftsusancen der betreffenden Branche nicht vertraut ist.

In einem Urteil vom 9.5.1972³⁹⁾ hat die Cour d'appel von Aix-en-Provence ausgeführt, dass eine Bank, die von ihrem Kunden mit dem Kauf bzw. Verkauf von Effekten betraut ist, diesem gegenüber Aufklärungs- und Beratungspflichten auch dann hat, wenn sie nicht mit der Verwahrung der Effekten betraut ist und der Kunde daher keine Pflichten

36) cass. 27.1.1903 S.1905.1.29; Seine 23.3.1906 dr. fin. 1908.613; Bordeaux, 9.7.1930 dr. fin. 1930.471;

37) cass. req. 26.10.1936 S.1938.1.49;

38) Savatier in D.1972 Chr. 137 (140): "Donné par un profane à un initié, tout mandat est générateur d'un devoir de conseil"; vgl. M.Cabrillac et Rives-Langes in RDC 1975.343; Scapel in Anm. zu 9.5.1972 JCP 1974. II.17900; Vézian, S.272; Aerman, S.156; Rodière-Rives-Langes, note 412;

39) Aix, 9.5.1972 JCP 1974.II.17900;

der Bank aus der Verwaltung der Effekten herleiten kann⁴⁰⁾. Kommt sie diesen Aufklärungs- und Beratungspflichten nicht nach, so ist sie dem Auftraggeber grundsätzlich zum Schadenersatz verpflichtet; die Cour d'appel d'Aix hat die Bank aufgrund der mangelnden Aufklärungspflicht zum Schadenersatz verpflichtet, obwohl der Auftraggeber mit den Bank- und Börsenusancen vertraut war. Der Kassationshof ist dieser Auffassung in seinem Urteil vom 28.10.1974⁴¹⁾ mit Recht nicht gefolgt; er bejaht zwar grundsätzlich eine Aufklärungs- und Beratungspflicht der Bank; diese wird jedoch infolge einer mangelnden Aufklärungs- oder Beratungspflicht gegenüber dem Kunden nur dann schadenersatzpflichtig, wenn es sich bei dem Auftraggeber um eine Person handelt, die mit den Bank- und Börsenusancen nicht vertraut ist⁴²⁾.

Die Wendung der französischen Rechtsprechung in Richtung auf einen erweiterten Kundenschutz ist begrüßenswert. Der Nichtkundige hat einen Anspruch auf Aufklärung und Beratung.

4. Die Substitutionsbefugnis der Bank in ihrer Eigenschaft als Beauftragte (mandat substitué)

Ein Teil der französischen Lehre sieht in dem mandat einen höchstpersönlichen Vertrag⁴³⁾ und verneint daher das Recht des Beauftragten, sich einen Stellvertreter zu bestellen⁴⁴⁾. Die überwiegende Meinung in der Literatur⁴⁵⁾ und die unteren Gerichte⁴⁶⁾

40) vgl. Scapel, a.a.O.;

41) cass. comm. 28.10.1974 Bull.civ. IV Nr.264;

42) zustimmend: M.Cabrillac et Rives-Langes RDC 1975.344;

43) vgl. Ferid, 2 H 97; Jaubert, note 66; Derrida in Hamel, commission, S.98;

44) Ripert-Roblot, note 2645, der die Stellvertretung nur bei ausdrücklicher Ermächtigung zulassen will;

45) Derrida, a.a.O., S.97; Hénard, t.2, note 696; Dalloz, commission, notes 66 und 69; Rodière, note 180, S.186;

46) Le Havre, 6.2.1912 Rec. Le Havre 1912.1.219; 12.2.1924 Rec. Le Havre 1926.1.110; (die cour de cass. hat sich mit dieser Frage nicht auseinandergesetzt);

bejahen die Substitutionsbefugnis des Beauftragten bei Fehlen einer vertraglichen Regelung bezüglich dieses Punktes. In diesem Falle haftet der Beauftragte für alle Handlungen, die sein Stellvertreter im Rahmen des Auftrages ausführt, jedoch nicht für einen durch Zufall eingetretenen Schaden⁴⁷⁾.

Wurde der Beauftragte vom Auftraggeber ausdrücklich zur Bestellung eines Stellvertreters ermächtigt, so haftet er für den Stellvertreter nur wegen Auswahlverschuldens⁴⁸⁾. Nach art.1994 Abs.2 code civil kann der Auftraggeber seine gegenüber dem Beauftragten bestehenden Ansprüche direkt gegenüber dessen Stellvertreter geltend machen.

5. Die Privilegien der Bank in ihrer Eigenschaft als Kommissionär

Die Bank hat bei Nichterfüllung durch den Bankkunden ein Zurückbehaltungsrecht bezüglich der sich in ihrem Besitz befindlichen Effekten⁴⁹⁾. Obwohl das Zurückbehaltungsrecht des Kommissionärs im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt ist, wird es allgemein anerkannt⁵⁰⁾.

Die Bank kann sich ferner auf das Privileg des art.95 code de comm. berufen. Nach art.95 Abs.1 und 2 dieser Vorschrift i.V. mit art.92 code de comm. hat die Bank zur Sicherung ihrer Auslagen, Vorschüsse und Forderungen⁵¹⁾ gegenüber dem Kunden ein Pfandrecht an den sich in ihrem Besitz befind-

47) vgl. Ferid, 2 H 97;

48) Ferid, 2 H 97; Dalloz, commission, note 67; Derrida in Hamel, commission, S.98;

49) Dalloz, commission, notes 145 und 147;

50) Lyon-Caen-Renault, a.a.O., note 498; Hémard, t.2, note 735; Nancy, 14.12.1838 S.39.2.239;

51) Dalloz, a.a.O., note 158;

lichen Wertpapieren⁵²⁾. Bei der Einkaufskommission besteht das Pfandrecht bereits in dem Augenblick, in dem die Effekten von der Verkäuferbank an die Erwerberbank abgeschickt werden⁵³⁾ oder, was häufiger der Fall ist, im Rahmen des Effektengiroverkehrs in dem Augenblick, wenn die Verkäuferbank den "ordre de virement"⁵⁴⁾ an die Käuferbank abschickt⁵⁵⁾. Obwohl art. 95 code de comm. nur von Waren spricht, ist die überwiegende Meinung der Literatur der Auffassung, dass sich das Privileg des art. 95 code de comm. auf alle beweglichen Sachen bezieht und auch bei der Effektenkommission anzuwenden ist⁵⁶⁾. Voraussetzung für das Bestehen eines Pfandrechts an den Effekten ist, dass der Bankkunde Eigentümer⁵⁷⁾ ist oder dass die Bank gutgläubig bezüglich dessen Eigentümerstellung war⁵⁸⁾. Hat die Bank die Effekten bereits verkauft und geliefert, so kann sie sich nach art. 95 Abs. 3 code comm. aus dem Verkaufserlös für ihre Auslagen befriedigen, und zwar "par préférence" zu den übrigen Gläubigern des Kommittenten. Bei der Einkaufskommission braucht die Bank zur Verwertung der Effekten nicht den umständlichen Weg der Versteigerung zu wählen, sondern kann, ohne den Bankkun-

52) cass. comm. 11.6.1968 D. 1968.6;

53) vgl. art. 95 code de comm.: "des marchandises à lui expédiées"; die Wertpapiere gelten in diesem Fall als bereits an den Käufer abgeschickt;

54) siehe Seite 55 ff.;

55) Das Pfandrecht besteht jedoch nur weiter, wenn der Einkaufskommissionär tatsächlich den Besitz an den Effekten erhält, im Falle der stückelosen Lieferung eine Buchung der S.I.C.O.V.A.M. zugunsten der erwerbenden Depotbank erfolgt (vgl. 26.3.1902 D.P. 1902.1.243);

56) vgl. Dalloz, commission, note 166: "Un banquier pourrait invoquer le privilège du commissionnaire lorsqu'il est chargé de vendre des valeurs mobilières" (vgl. Lyon-Caen-Renault, t. 3, note 491; a.M. Ripert-Roblot, note 2662);

57) Bei der Verkaufskommission bleibt der Kunde Eigentümer der Effekten; bei der Einkaufskommission erwirbt er ohne Zwischeneigentum der Bank Eigentum an der Wertpapieren. (vgl. Rouen, 15.5.1959 JCP 1959.2.11192; Paris, 27.1.1960 Gaz.Pal. 1960.122; Dalloz, commission, note 160.;

58) cass. comm. 15.7.1970 D. 1971.252;

den 8 Tage vorher benachrichtigen zu müssen, gekaufte und nicht bezahlte Wertpapiere wieder verkaufen⁵⁹⁾. Die Entscheidungen der Rechtsprechung sind naturgemäss rar, da die Bank bei der Einkaufskommission in der Regel vor Ausführung des Auftrages Bezahlung verlangt oder der Kunde ein Bankguthaben besitzt.

6. Die Pflichten des Bankkunden (Kommittenten)

Der Bankkunde ist nach art.1999 Abs.1 code civil verpflichtet, der Bank alle nützlichen und notwendigen Aufwendungen⁶⁰⁾ zu ersetzen und die vereinbarte Vergütung zu bezahlen; ist eine Vergütung nicht vereinbart, so richtet sie sich nach den Geschäftsusancen des Ortes der Ausführung des Effektenauftrages⁶¹⁾; der Bankkunde ist ferner nach art. 2001 code civil verpflichtet, eventuelle Vorschüsse der Bank zu verzinsen. Hat der Kommissionär seinen Auftrag nur teilweise erfüllt, so bestimmt sich der Anteil der Vergütung nach Bank- und Börsenusancen und in Ermangelung derer durch Urteil des Richters⁶²⁾. Falls zwischen Bankkunde und Bank nichts Gegenteiliges vereinbart wurde⁶³⁾, muss der Kunde der Bank nach art.2000 code civil alle Schäden, die diese ohne Verschulden in Erfüllung des Kommissionsauftrages erlitten hat, ersetzen⁶⁴⁾.

59) Seine, 16.11.1925 dr. fin. 1926.343; vgl. Vasseur in Hamel, commission, S.197; Paris, 1.6.1910 dr. fin. 1910.618; Douai, 22.7.1910 dr. fin. 1911.217;

60) Juriscl. comm., commissionnaires en générales, fasc.1 note 160; Dalloz, a.a.O., note 123; Lyon-Caen-Pérault, t.3, note 473; Ferid (a.M.), 2 H 101, der vor Ersatz aller Aufwendungen spricht, ohne Literaturangaben zu machen;

61) Dalloz, commissionnaire, note 118; Jautert, note 80;

62) Dalloz, a.a.O., note 123; Lyon-Caen-Pérault, t.3, note 472;

63) Dalloz, mandat, note 273;

64) Juriscl. comm., a.a.O., note 161 m.w.H.;

7. Der Aussonderungsanspruch des Bankkunden im Falle des Konkurses der Bank

a) bei der Verkaufskommission

Der Bankkunde bleibt gegenüber der verkaufenden Bank Eigentümer der Wertpapiere; zwischen Bankkunde und Bank besteht ein Auftragsverhältnis und als contrat accessoire ein Verwahrungsvertrag. Anspruchsgrundlage ist art.65 des Gesetzes vom 13.7.1967⁶⁵⁾. Der Bankkunde kann sowohl die in Streifbandverwahrung als auch die bei der S.I.C.O.V.A.M.⁶⁶⁾ verwahrten Effekten von dem Gemeinschuldner (Bank) herausverlangen⁶⁷⁾.

Hat die Bank vor Konkurseröffnung die Wertpapiere veräußert und der Erwerber den Kaufpreis für die Effekten noch nicht gezahlt, so kann der Verkäufer nach art.66 des Gesetzes vom 13.7.1967 die "revendication" bezüglich des Kaufpreises gegenüber dem Käufer geltend machen.

Obwohl es sich bei dem Kaufpreis um eine Forderung handelt, spricht art.66 von einem dinglichen Herausgabeanspruch des Geldes (revendication)⁶⁸⁾. Nach Auffassung der französischen Lehre handelt es sich hierbei um einen Fall der dinglichen Surrogation⁶⁹⁾, da die Effekten nicht mehr von dem Gemeinschuldner herausverlangt werden können, tritt der Kaufpreis kraft dinglicher Surrogation an

65) der Ausdruck "Waren" bedeutet alle beweglichen Sachen im Sinne dieser Vorschrift (vgl. cass. req. 31.7.1906 D.H. 1907.1.25, note Valéry; Mazeaud in Journ. soc. 1932.385; siehe Seite 67 ff;

66) siehe Seite 65 ff;

67) vgl. Léauté in Hamel, commission, S.227: "Il semble permis de faire appel à cette nouvelle venue et d'autoriser la revendication collective des titres au porteur déposés à la C.C.D.V.T. contre l'agent de change en faillite..."

68) art.66 des Gesetzes vom 13.7.1967: "Peut être également revendiqué le prix..."

69) Ripert-Roblot, note 3129; Ferid, 3 A 81 ff. n.w.H.;

Stelle der Wertpapiere; daher kann der Verkäufer den Kaufpreisanspruch mit der "revendication" geltend machen⁷⁰⁾.

b) bei der Einkaufskommission

Voraussetzung für den Aussonderungsanspruch nach art.65 des Gesetzes vom 13.7.1967 ist, dass der kaufende Kunde Eigentümer der Wertpapiere geworden ist.

Im Gegensatz zum deutschen Abstraktionsprinzip wird das französische Kaufrecht vom Konsensprinzip beherrscht. Danach erwirbt der Käufer einer beweglichen Sache das Eigentum grundsätzlich mit Abschluss des obligatorischen Vertrages⁷¹⁾.

So bestimmt art.1583 code civil, dass das Eigentum an der Sache mit Abschluss des Kaufvertrages auf den Käufer übergeht, sobald sich die Parteien über das Kaufobjekt und den Kaufpreis geeinigt haben, auch wenn der Kaufgegenstand noch nicht geliefert und der Kaufpreis noch nicht gezahlt ist⁷²⁾. Auch in den allgemeinen Vorschriften der "obligation de donner" (Kauf, Tausch, Schenkung) macht art.1138 Abs.2 code civil deutlich, dass allein die Willensübereinstimmung der Parteien ausreicht, um den Gläubiger (Käufer) zum Eigentümer der Sache zu machen⁷³⁾. Dem Konsensprinzip folgend bestimmt art.1138 Abs.2 code civil ferner, dass der Käufer als Eigentümer der Sache (res

70) Derrida in Hamel, a.a.O., S.121: "Le législateur considère que le prix est la propriété exclusive du committant. C'est la raison pour laquelle le texte parle de "revendication"; vgl. Paris, 23.11.1928 D.P. 1930.2.193, note Chéron; Clerc, S.178; Martin G 8; Ripert-Roblot, note 3129; Argenson-Toujas, (1973) note 939;

71) Raymond, A.;

72) Eine Einigung über den Ort und den Zeitpunkt der Lieferung ist für den Abschluss des Kaufvertrages nicht notwendig; cass. 26.11.1962 D.1963.62; Schefold, S.50;

73) vgl. Ferid, 2 F 70; Herms, S.26;

perit domino) die Gefahr des zufälligen Unterganges des Kaufgegenstandes trägt, auch wenn sich die Sache noch im Besitz des Verkäufers befindet. Schliesslich ergibt sich aus dem Abschnitt über die Erwerbsgründe (3. Buch des code civil), dass gemäss art. 711 code civil das Eigentum beweglicher Sachen "par l'effet des obligations" erworben wird.

Das Vertragsprinzip des code civil gilt in seiner reinen Form nur für Sachen, die im Zeitpunkt des Kaufvertrages bereits für den Käufer individualisiert sind (*choses certaines*)⁷⁴⁾. Bei Gattungssachen geht das Eigentum erst mit der Konzentration auf den Käufer über⁷⁵⁾; die Konzentration tritt in der Regel durch Absonderung der verkauften von den übrigen Sachen ein. Bei den Gattungssachen wird das Konsensprinzip bereits durchbrochen; um es dennoch aufrecht zu erhalten, bestimmt art. 1585 code civil, dass der Kaufvertrag bei Sachen, die nach Mass, Zahl und Gewicht verkauft werden, erst dann perfekt⁷⁶⁾ ist, wenn die Waren gewogen, gezählt oder gemessen sind⁷⁷⁾.

74) Ein Teil der französischen Lehre (vgl. Schefold, S.82) liess für die Individualisierung eine einseitige Handlung (*acte unilatéral*) des Verkäufers genügen. Eine Individualisierung liegt nach dieser Auffassung vor, wenn der Wille des Verkäufers eindeutig erkennbar wird, eine bestimmte Sache zur Erfüllung des Kaufvertrages zu liefern (vgl. Oeckinghaus, S.107; Bufnoir, S.47). Ein anderer Teil der französischen Lehre (Thaller, Anm. zu 31.12.1894 D.P. 95.1.409; Hémaré in RDC 1949.155) und die Rechtsprechung (cass. 31.12.1894 D.P. 95.1.409; cass. 11.8.1874 D.P. 76.1.476; cass. 19.3.1929 D.H.1929.1.245) verlangen für die Individualisierung die Mitwirkung des Käufers (*acte bilatéral*); danach genügt für die Individualisierung weder die Absonderung noch die Anzeige an den Käufer über die Bereitstellung der Sache. Die Mitwirkung des Käufers bedeutet jedoch nicht dessen Anwesenheit bei der Aussonderung, sondern es genügt ein "mandat tacite" mit der Folge, dass der Verkäufer die Konzentration der Sachen im Namen des Käufers vornehmen kann (vgl. Schefold, S.83);

75) vgl. Mazeaud, t.3, note 903;

76) Ferid, 2 F 75, der mit Recht von einer nur theoretischen Aufrechterhaltung des Konsensprinzips spricht;

77) vgl. cass. req. 19.3.1929 S.1929.1.245; Schefold, S.73;

Das Konsensprinzip ist nicht nur bei der Gattungsschuld, sondern auch bei der Übertragung von Inhaberpapieren eingeschränkt. Zwischen den Parteien genügt zwar zum Eigentumsübergang die blosse Einigung⁷⁸⁾, Dritten gegenüber erwirbt der Käufer jedoch erst Eigentum mit der "tradition"; die tradition ist nicht nur bei Verschaffung des unmittelbaren Besitzes, sondern auch bei Einräumung der Verfügungsmacht des Käufers über das Papier gewährleistet⁷⁹⁾.

Die Bank kauft Wertpapiere im eigenen Namen für fremde Rechnung; zu diesem Zweck beauftragt sie einen Börsenmakler, der mit dem Börsenmakler der Verkäuferbank den Kaufvertrag für ihre Rechnung abschliesst; man sollte nun annehmen, dass der kaufende Börsenmakler bzw. der Käuferbank zunächst Zwischeneigentum an den Effekten erhalte. Nach einhelliger Auffassung der Rechtsprechung⁸⁰⁾ und der Literatur⁸¹⁾ erwirbt die Käuferbank in keinem Augenblick⁸²⁾ Eigentum an den Effekten.

Man kann versuchen, den Eigentumsübergang der Effekten ohne Zwischeneigentumserwerb der Bank damit

78) siehe Seite 4 ff;

79) siehe Seite 4; vgl. Baudry-Lacantinerie, note 295, S.45; Dalloz, val. mob., note 315; Herms, S.28; Dalloz, tradition, note 28: "La tradition symbolique résulte de la possibilité offerte à l'acquéreur de prendre possession de la chose par le simple fait de la mise à sa disposition";

80) Douai, 12.5.1927 dr. fin. 1928.415; Rennes, 22.12.1932 dr. fin. 1934.145; Seine, 23.4.1898 Gaz. Pal. 98.1.755; Aix, 27.6.1898 dr. fin. 98.333;

81) Starck in Hamel, commission, S.152: "Chargé de vendre ou d'acheter pour le compte de son commettant, le commissionnaire ne devient à aucun moment propriétaire.."; vgl. Clerc, S.165; Derrida in Hamel, a.a.O., S.119; Léauté in Hamel, a.a.O., S.211 und 225; Hamel in Hamel, a.a.O., S.14;

82) So schreibt Léauté in Hamel, a.a.O., S.223, zu der Auffassung, dass die Käuferbank kein Zwischeneigentum erhält: "La logique n'est pas ici d'un grand secours, Elle l'est d'ailleurs rarement, lorsqu'il s'agit de comprendre le mécanisme de la transmission de la propriété erga omnes par le simple consentement.";

zu erklären, dass die tradition auch dann vollzogen ist, wenn der Käufer die Verfügungsmacht über die Papiere innehat (tradition symbolique). Eine solche Verfügungsmacht ist nach Auffassung der französischen Rechtsprechung⁸³⁾ dann gegeben, wenn beim Kauf von Waren, die im Lagerhaus des Verkäufers untergebracht sind, dieser dem Erwerber den Schlüssel zu diesem Lagerhaus übergibt. Die tradition symbolique liegt auch dann vor, wenn der Erwerber vom Verkäufer ein Papier erhält, das die eingelagerten Sachen repräsentiert (warrant-récepissé⁸⁴⁾). Hat die Käuferbank dem Bankkunden die Nummern der sich in ihrem Besitz befindlichen Effekten mitgeteilt, so kann man, obwohl diese Mitteilung keine Verkörperung der Inhaberpapiere beinhaltet, in Anlehnung an die Übergabe des Verwahrungs-récepissé⁸⁵⁾, in ihr eine tradition symbolique sehen, die den Eigentumsübergang auf den kaufenden Bankkunden bewirkt.

Die neueren Entscheidungen der französischen Rechtsprechung berufen sich bei der Frage des Eigentumsüberganges auf den Käufer weniger auf die tradition, sondern sie sehen als Zeitpunkt für den Eigentumsübergang den Augenblick an, in dem die Effekten für den Käufer bestimmt werden können⁸⁶⁾. Hat der vom Käufer durch Vermittlung der Bank beauftragte Börsenmakler die Effekten noch im Besitz,

83) vgl. Dalloz, tradition, note 28;

84) siehe Seite 35, Anm. 68;

85) Dalloz, tradition, note 74; cass. 24.6.1891 D.P. 99.1.185; 19.2.1894 D.P. 94.1.420; Paris, 21.6.1893 D.P. 93.2.470; stark kritisiert von der Literatur: Aubry-Rau, t.6, § 432 note 255; Escarra-Rault, t.3, note 1287; Becquë, t.12, note 98; Ripert-Boulanger, t.2, note 3477;

86) Agen, 13.2.1961 RDC 1961 Nr. 46 S.165: "... que la propriété avait été acquise aux revendeurs dès que l'agent de change avait exécuté les ordres d'achat par eux"; vgl. auch 26.5.1913 D.P. 1914.1.305 note Chéron; Derrida in Hamel, a.a.O., S.119;

so erwirbt der Bankkunde in dem Augenblick Eigentum an den Wertpapieren, in dem ihre Nummern in den Büchern des Börsenmaklers zugunsten der Käuferbank festgehalten sind. Die Wertpapiere sind in diesem Zeitpunkt aber nur für den Bankkunden bereits bestimmt, wenn der Kaufauftrag des Kunden der einzige dieser Art war⁸⁷⁾. Hat der Börsenmakler jedoch eine Vielzahl von Kaufaufträgen der gleichen Wertpapierart erhalten, so lässt sich trotz Buchung der Wertpapiernummern in den Büchern des Börsenmaklers zugunsten der Bank des kaufenden Kunden nicht feststellen, welche Effekten für diesen bestimmt sind.

Hat der kaufende Bankkunde bei der Depotbank ein Geldgirokonto, so kann er nach der neueren Rechtsprechung⁸⁸⁾ auch bei einer Vielzahl von Kaufaufträgen in derselben Wertpapierart die Bestimmung der Wertpapiere zu seinen Gunsten dadurch beweisen, dass die Belastung seines Girokontos genau dem Kaufpreis der Effekten entspricht. Sind die Stücke der Bank von dem Börsenmakler noch nicht geliefert, so geht das Eigentum an den Effekten auch bei einer Vielzahl von Kaufaufträgen in dem Moment auf den kaufenden Bankkunden über, in dem das Girokonto mit dem Kaufpreis der Effekten belastet ist. Befinden sich die Effekten noch im Besitz des Börsenmaklers (détention), und ist die Depotbank zwischenzeitlich in Konkurs gefallen, so kann der kaufende Bankkunde, da Eigentümer der Effekten, um die Inbesitznahme der Effekten durch die Käuferbank zu verhindern, die rei vindicatio gegenüber dem Börsenmakler geltend machen.

87) vgl. Schindelwick in WM 1960 Sonderbeilage Nr.10, S.19;

88) Dalloz, bourse et valeurs, note 374; Marseille, 26.3.

1958 RDC 1958 Nr.23 S.405: "La cour en déduit qu'un revendiquant fait la preuve de sa propriété sur les titres, si au moment de leur achat, son compte comportait un solde créditeur et s'il a été débité du montant du prix d'achat";

Sind die Effekten bereits an die Bank geliefert, ohne dass vorher eine Buchung zu Lasten des Bankkunden auf dessen Geldgirokonto erfolgt ist, so geht das Eigentum an den Effekten (ohne Durchgangserwerb des Börsenmaklers und der Bank) auf den Käufer in dem Augenblick über, als sie als ihm zugehörig bestimmt werden können⁸⁹⁾.

Der für den Aussonderungsanspruch des art.65 des Dekrets vom 13.7.1967 erforderliche Eigentumsnachweis lässt sich im Falle des Konkurses der Bank dann leicht führen, wenn sich die Effekten bei der Depotbank in einem zugunsten des Käufers angelegten Dossier befinden oder bereits streifbandverwahrt sind.

Dogmatisch lässt sich der direkte Eigentumsübergang auf den Bankkunden nur erklären, wenn man in der Bestimmung der Effekten zugunsten desselben eine tradition in Form der Einräumung der Verfügungsmacht des Erwerbers über die Inhaberpapiere sieht.

Sind die Wertpapiere bei der S.I.C.O.V.A.M. verwahrt, so hat der Kunde gegenüber der Käuferbank einen Aussonderungsanspruch nach art. 65 des Gesetzes vom 13.7.1967 i.V. mit art. 12 der VO vom 4.8.1949 auf Herausgabe der Effekten der gleichen Art⁹⁰⁾.

89) vgl. cass. 30.6.1893 D.H. 94.2.501; Dalloz, tradition, note 74; Dalloz, val. mob., note 208;

90) siehe Seite 67 ff;

8. Das Rechtsverhältnis zwischen Bankkunden
und Börsenmakler

Die Lehre ⁹¹⁾ und die Rechtsprechung ⁹²⁾ des 19. Jahrhunderts haben den "mandat substitué" auf das Kommissionsgeschäft angewandt, mit der Folge, dass der Börsenmakler bei Ausführung des Kaufes bzw. Verkaufes der Effekten Erfüllungsgehilfe der Bank war und der Bankkunde nach art.1994 Abs.2 code civil gegenüber dem Börsenmakler einen direkten Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises bzw. Lieferung der Effekten hatte ⁹³⁾. Die Anwendung des mandat substitué auf das Kommissionsgeschäft gab der Bank weniger Rechtsbefugnisse, dafür haftete sie aber nur für schuldhaftes Handeln bei der Auswahl des Börsenmaklers ⁹⁴⁾.

Die französische Rechtsprechung ⁹⁵⁾ hat seit 1909 die Auffassung, dass es sich bei dem zwischen der Bank und dem Börsenmakler bestehenden Rechtsverhältnis um einen mandat substitué handele, aufgegeben und ausgeführt, dass derjenige, der Wertpapiere im eigenen Namen für fremde Rechnung kauft bzw. verkauft, Kommissionär ist und daher die Anwendung des art.1994 Abs.2 code civil nicht anwendbar ist.

91) Buchère, S. 907; vgl. Petit in Banque 1950.408;

92) cass. 28.4.1859 S.59.1.298; cass. 22.3.1875 S.75.1.302; cass. 6.8.1879 S.81.1.299; Paris, 8.2.1906 dr. fin. 1908.411; Aix, 24.12.1907 dr.fin. 1910.409;

93) Léauté in Hamel, a.a.O., S.201: "Tout se passait si le contrat de mandat qui avait lié le donneur d'ordre et le premier mandataire avait changé de sujet de droit, la personne du second mandataire"; vgl. Dalloz, agent de change, note 459;

94) Léauté in Hamel, a.a.O., S.201;

95) Paris, 15.2.1909 dr. fin. 1909.106 (107): "Ou'il agit comme un mandataire lorsqu'il donne le nom de son client; qu'au contraire s'il passe l'ordre en son nom, il agit comme commissionnaire"; Lyon, 3.4.1909 dr. fin. 1909.349; Rouen, 7.3.1910 dr. fin. 1911.471; Douai, 22.7.1910 dr. fin. 1911.217; Poitiers, 15.7.1913 dr. fin. 1913.599; Paris, 15.11.1913 dr. fin. 1913.677; vgl. Juriscl. comm. art. 76, fasc. 8, note 51 ff.;

Die Ablehnung des mandat substitué durch die Rechtsprechung beruhte auf dem Gedanken, dass der Börsenmakler, der den Namen des Auftraggebers nicht kennt⁹⁶⁾, zu diesem keinerlei Rechtsbeziehungen hat⁹⁷⁾. Dass dieser Gedankengang nicht ganz korrekt ist, ergibt sich schon daraus, dass der Bankkunde als Eigentümer der Effekten gegenüber dem Börsenmakler die rei vindicatio geltend machen kann⁹⁸⁾. Gemeint kann also nur sein, dass zwischen Bankkunden und Börsenmakler keine obligatorischen Rechtsbeziehungen bestehen.

III. Das Rechtsverhältnis Bank-Börsenmakler

1. Die Rolle des agent de change nach französischem Recht

a) Der Status des Börsenmaklers

Der Status der Börsenmakler geht bis in das 16. Jahrhundert zurück. Ein arrêt du conseil vom 15.4.1595 schuf in mehreren französischen Städten königliche Ämter, deren Aufgabe es war, Wechsel- und Bankgeschäfte durchzuführen. Ein Edikt vom Dezember 1705 gab diesen Beamten den Titel eines "conseiller du roi, agents de banque, change commerce et finance". In der französischen Revolution wurden die königlichen Ämter abgeschafft und der Beruf des Börsenmaklers zu einem freien Beruf er-

96) Daraus ergibt sich, dass art. 1994 Abs. 2 bei Namenspapieren Anwendung findet (vgl. Dalloz, agent de change, note 459);

97) Douai, 20.11.1948 D. 1949.143: "En transmettant des ordres à un agent de change sans nommer le client de qu'ils émanent, le banquier ne se substitue pas un tiers dans l'exécution de son mandat; aucun lien juridique ne se forme donc entre le donneur d'ordre et l'agent de change";

98) vgl. Léauté, a.a.O., S.231;

klärt, zu dem jedermann grundsätzlich Zugang hatte. Aber bereits das Gesetz vom 28 ventôse an IX (19.3.1801) begrenzte die Zahl der Börsenmakler und bestimmte, dass deren Ernennung durch die Regierung zu erfolgen habe.

Der heutige Status der Börsenmakler beruht auf dem Dekret vom 7.10.1890⁹⁹⁾, das in der Zwischenzeit mehrere Änderungen erfahren hat¹⁰⁰⁾.

Nach art.1 dieses Dekrets werden die Börsenmakler durch den Finanzminister ernannt. Um den Beruf des Börsenmaklers ausüben zu wollen, sind folgende Voraussetzungen erforderlich:

- 1) Vollendung des 25. Lebensjahres;
- 2) Tätigkeitsnachweis von 4 Jahren bei einem Börsenmakler oder einem courtier en valeurs mobilières, bei einem Notar, einer Bank, einem französischen oder ausländischen Kreditinstitut, davon aber mindestens 2 Jahre bei einer französischen Bank oder einem französischen Börsenmakler (art.2 IV);

Voraussetzung ist ferner, dass sich die Bewerber einer Prüfung unterziehen, zu der folgende Personen zugelassen sind:

- 1) Die Mitgeschäftsführer einer Gesellschaft nach art.75 code de comm. (art.3 a);
- 2) Licencié en droit, Diplomvolkswirt oder Diplomierte einer philosophischen oder naturwissenschaftlichen Fakultät;
- 3) Diejenigen, die eines dieser Diplome nicht vorweisen können, müssen einen Nachweis erbringen,

99) zitiert wird dieses Datum; Änderungen inbegriffen;

100) geändert durch Dekret vom 29.6.1898; Gesetz vom 14.2.1942; Dekret vom 27.5.1949; 28.2.1952; 25.9.1957; 30.10.1961; 30.3.1967; 5.4.1968 und durch Gesetz vom 11.7.1972 (D.1972.375);

dass sie fünf Jahre als Bevollmächtigter bei einem Börsenmakler oder denselben Zeitraum in der Direktion einer Bank beschäftigt waren.

b) Die Rechtsstellung des Börsenmaklers

Der Börsenmakler hat im französischen Recht eine Doppelstellung¹⁰¹⁾. Da er vom Finanzminister ernannt wird und öffentliche Funktionen wahrnimmt, ist er ein "officier ministeriel"¹⁰²⁾; da er Wertpapiere kauft und verkauft, hat er aber gleichzeitig die Kaufmannseigenschaft¹⁰³⁾. Während die Rechtsprechung in der Vergangenheit die Kaufmannseigenschaft des Börsenmaklers wegen der Stellung eines officier ministeriel verneint hat, geht die Meinung der heutigen Rechtsprechung dahin, dass die Funktion eines officier ministeriel die Kaufmannseigenschaft nicht ausschliesst¹⁰⁴⁾.

c) Das Monopol des Börsenmaklers

Nach art.15 des Gesetzes vom 29.7.1961 haben die Börsenmakler grundsätzlich das Monopol für den Verkauf und den Kauf von Effekten, gleichgültig, ob diese an der offiziellen Börse notiert sind

101) vgl. Petit in Banque 1950.9;

102) Die hoheitliche Funktion des Börsenmaklers zeigt sich auch darin, dass bei Ableben eines agent de change oder nur bei momentaner Abwesenheit, ein Kollege dessen Pflichten wahrnehmen muss; das Amt des Börsenmaklers muss in jedem Moment funktionsfähig sein; wegen der Eigenschaft als officier ministeriel haben auch die bordereaux des Börsenmaklers amtlichen Charakter (die bordereaux sind die Bücher des BM, in dem dieser Kauf und Verkauf der Effekten festhält; diese Verzeichnisse haben den Charakter eines Gerichtsprotokolls im Falle eines Rechtsstreits (vgl. Juriscl. comm. art.74, note 21 mw.H.));

103) vgl. zum Begriff des actes de commerce Seite 71, Anm. 181; vgl. cass. 14.6.1892 D.P. 93.1.500; Boyer in Anm. zu cass. 21.5.1970 JCP 1972.II.16746;

104) Paris, 21.5.1957 JCP 1957.II.10076, note Lindon; Lille, 24.10.1966 Gaz. Pal. 1967.1.205; cass. 21.5.1970 Bull.

III Nr.344;

oder nicht (vgl. art.6 des Dekrets vom 3.1.1968 und art.16 des Gesetzes vom 23.12.1964).

Von diesem grundsätzlichen Monopol gibt es Ausnahmen. So ist der Kauf bzw. Verkauf von Wertpapieren zwischen juristischen Personen, die durch enge Bande miteinander verknüpft sind, gestattet.

- 1) zwischen Gesellschaften, wenn eine von ihnen mindestens 20% des Kapitals der anderen besitzt,
- 2) zwischen zwei Versicherungsgesellschaften, die zur gleichen Gruppe gehören.

Ferner ist der Kauf von Effekten mittels notariellen Vertrages gestattet. Der im notariellen Vertrag enthaltene Kaufpreis muss mit dem Tageskurs der Effekten oder mit dem Börsenkurs des Vortages übereinstimmen, falls der Tageskurs im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Parteien noch nicht bekannt war.

Werden die Effekten ausserhalb der Grenzen verkauft, und haben die Vertragspartner ihren Geschäftssitz in Frankreich, so wird das Effekten-geschäft so behandelt als ob es in Frankreich stattgefunden habe. Zwischen Personen, die ihren Geschäftssitz im Ausland haben, kommt französisches Recht zur Anwendung, falls es sich um französische Effekten handelt, d.h. die Beauftragung eines Börsenmaklers ist normalerweise erforderlich.

d) La compagnie des agents de change

Während früher die Börsenmakler an jedem Börsenplatz eine eigene Vereinigung der Börsenmakler bildeten, hat nunmehr das Gesetz vom 28.12.1966

die verschiedenen Vereinigungen in eine "compagnie nationale" zusammengefasst. Die Vereinigung ist eine juristische Person ohne Kaufmannseigenschaft¹⁰⁵⁾. Die compagnie des agents de change verwaltet eine Kasse, deren Geldbestand sich aus den Einlagen der Börsenmakler zusammensetzt und die dazu dient, einerseits gemeinsame Interessen der Börsenmakler zu vertreten, andererseits aber auch, um einem in finanzielle Schwierigkeiten geratenen Börsenmakler Darlehen zu gewähren¹⁰⁶⁾.

e) La chambre syndicale des agents de change
(Börsenmaklerkammer)

Die Vollversammlung der Börsenmakler wählt jedes Jahr eine Kammer, die nach art.17 des Dekrets vom 7.10.1890 einen Syndicus und fünf Beigeordnete wählt.

Die Aufgabe dieser Kammer besteht nach art.21 des obengenannten Dekrets darin,

- 1) eine Kontrolle¹⁰⁷⁾ über die Geschäfte der Börsenmakler auszuüben und von Amts wegen oder auf Verlangen des Finanzministers gemäss art. 23 Disziplarmassnahmen einzuleiten;
- 2) alle Streitigkeiten der agents de change, die diese im Rahmen ihres Amtes ausüben, sei es untereinander oder Dritten gegenüber, zu schlichten;
- 3) Gutachten über die Börsenzulassung der Wertpapiere zu erstellen und das Ergebnis der "commission des opérations de bourse" mitzuteilen.

105) vgl. cass. 18.11.1964 D.S. 1965.800, note Lagarde;

106) Dalloz, agent de change, note 171;

107) Dalloz, a.a.O., note 221 ff., s. art.22 - 25 des Dekrets vom 7.10.1890; vgl. Juriscl. comm. art. 74 note 73 ff.; Gavalda in Jura Europae 30.91.3;

2. Die Sorgfaltspflichten des Börsenmaklers vor der Ausführung des Kommissionsauftrages

Nach französischem Recht kann sich der Käufer bzw. Verkäufer von Effekten an eine Bank wenden, er kann aber auch direkt einen Börsenmakler mit Verkauf- bzw. Kauforder beauftragen.

Bevor Ausführung des Kommissionsauftrages ist die Bank oder Börsenmakler nach Auffassung der Rechtsprechung verpflichtet, sich von seinem Kunden dessen Identität nachweisen zu lassen¹⁰⁸⁾. Hat der Bankkunde eine Bank mit dem Effektegeschäft beauftragt, so besteht für den Börsenmakler keine Pflicht zur Identitätsüberprüfung, falls er gutgläubig auf die Überprüfung durch die Bank vertraut hat¹⁰⁹⁾. Entsteht beim Verkauf der Effekten dem wahren Berechtigten infolge der Nichtüberprüfung der Identität des Verkäufers ein Schaden, so hat der Börsenmakler oder die Bank dem wahren Berechtigten bei schuldhaftem Handeln nach art.1382 code civil Schadenersatz zu leisten¹¹⁰⁾. Der Börsenmakler ist nach dem Gesetz nicht verpflichtet, seinem Kunden Auskünfte oder Ratschläge bezüglich der Effekten zu geben¹¹¹⁾. Tut er es dennoch, so haftet er gegenüber seinem Kunden nicht, wenn dieser aufgrund der Ratschläge an der Börse spekuliert und dadurch einen Schaden erleidet. Selbst wenn der Börsenmakler seinem Kunden

108) Paris, 26.7.1895 S.96.2.113; Marseille, 27.5.1907 D.P. 1908.2.56; Aix, 31.7.1908 dr. fin. 1909.335; Paris, 19.3.1928 dr. fin. 1928.436; Petit in Banque 1950.10; cass. comm. Banque 1964.44; Georgiades in RDC 1965.69;

109) in der Regel wird der BM den Bankkunden gar nicht kennen, so dass er notgedrungen sich auf die Überprüfung durch die Bank vertrauen muss; vgl. aber Lyon, 13.10. 1949 D. 1951.26 mit ablehnender Meinung von Hamel (S.28);

110) Petit, a.a.O., S.17;

111) Juriscl. comm. art.76, fasc. B, note 77;

rät, die gekauften Effekten vorerst zu behalten und keineswegs in nächster Zukunft zu verkaufen, so muss er keinen Schadenersatz leisten, wenn es zu einem Kurssturz der Effekten kommt¹¹²⁾.

Nach Auffassung der neueren Rechtsprechung und Literatur¹¹³⁾ ist der Börsenmakler gegenüber seinem Kunden zur Beratung und Aufklärung verpflichtet, falls es sich bei diesem um einen "profane" handelt, d.h. um eine Person, die mit den Börsensancen nicht vertraut ist.

3. Die Pflichten des Börsenmaklers bei der Ausführung des Kommissionsauftrages

Nach art. 54 des Dekrets vom 7.10.1890 ist der Börsenmakler ein "commissionnaire ducroire"¹¹⁴⁾. Was seine Haftung betrifft, so gelten die gleichen wie bei der beauftragten Bank erläuterten Grundsätze¹¹⁵⁾.

Wird der agent de change mit dem Kauf bzw. Verkauf der Effekten beauftragt, so ist er, obwohl officier ministeriel und Inhaber einer Monopolstellung, nicht verpflichtet, den Auftrag anzunehmen¹¹⁶⁾. Hat der Börsenmakler Bedenken, dass es sich bei den Wertpapieren um gestohlene handelt oder hat er Zweifel an der Identität des Auftraggebers, so kann er den Kommissionsauftrag ablehnen¹¹⁷⁾.

112) cass. 27.1.1903 S.1905.1.29; Seine, 23.3.1906 dr. fin. 1908.613; vgl. Petit, a.a.O., S.82;

113) siehe Seite 89;

114) Poitiers, 15.7.1929 dr. fin. 1930.32 et note; Rennes, 25.6.1930 dr. fin. 1932.37; Douai, 30.11.1948 D. 1949.143;

115) siehe Seite 82 ff.;

116) Seine, 7.3.1960 Banque 1960.535 und 740 note X. Marin; Saint Brieuc, 28.3.1939 Gaz. Pal. 1939.1.852;

117) Ripert-Roblot, der davon ausgeht, dass der agent de change die Kauf- bzw. die Verkaufsaufträge nicht ablehnen darf (note 1880 ohne nähere Begründung);

Hat der Kunde dem Börsenmakler keine bestimmten Anweisungen für den Verkauf oder Kauf der Effekten gegeben, so ist er nach Börsenusage verpflichtet, zum Besten des Auftraggebers zu handeln d.h. die Effekten zum premier cours zu kaufen bzw. zu verkaufen¹¹⁸⁾. Hat der Börsenmakler genaue Anweisungen bezüglich seines Auftrages erhalten, so hat er sich strikt daran zu halten¹¹⁹⁾. Hat der Börsenmakler nach Ausführung des Kommissionsauftrages dem Auftraggeber eine Ausführungsbestätigung (lettre d'avis)¹²⁰⁾ übersandt, so muss dieser bei mangelhafter Ausführung des Auftrages unverzüglich den Mangel reklamieren. Unterlässt er die Reklamation, so gilt sein Schweigen als Genehmigung des Kommissionsgeschäftes¹²¹⁾. Der lettre d'avis ist vor allen Dingen deshalb relevant, da viele Effektaufträge telefonisch erteilt werden; der Auftraggeber, der nach Erhalt des lettre d'avis nicht unverzüglich eine mangelnde Ausführung des Auftrages rügt, kann nunmehr weder die Erteilung noch eine Überschreitung der Auftragsbefugnisse bestreiten. Der Durchschlag des lettre d'avis in den Händen des Börsenmaklers gilt bei einem Rechtsstreit als widerlegbare Vermutung dafür, dass die Ausführungsbestätigung an den Auftraggeber abgeschickt und diesem auch zugegangen ist¹²²⁾. Handelt es sich bei dem Kunden

118) Paris, 30.6.1906 dr. fin. 1906.459; Petit, a.a.O., S.83; Gavalda in Anm. zu cass. comm. 6.7.1964 JCP 1965.II.14024;

119) vgl. Lyon, 10.3.1897 dr. fin. 1897.308;

120) vgl. Juriscl. Banque et Bourse, fasc. 14, note 1;

121) Seine, 24.9.1908 dr. fin. 1909.619; Aix, 25.1.1912 dr. fin. 1912.412; Seine, 19.12.1912 dr. fin. 1913.240; Paris, 1.11.1931 dr. fin. 1931.382; Paris, 27.10.1934 Gaz. Pal. 1934.2.912; cass.29.5.1937 dr. fin. 1938.18; Lyon, 7.1.1954 S.1954 somm. S.31; vgl. Juriscl. comm., art.76, notes 49 + 50; vgl. auch Reims, 9.6.1975 Banque 1976.91;

122) Paris, 6.5.1897 dr. fin. 1897.365; Paris, 11.3.1911 dr. fin. 1911.650; Paris, 18.11.1931 dr. fin. 1931.382;

um einen "spéculateur habituel", so hat er bei seiner Abwesenheit alle Massnahmen zu treffen, die geeignet sind, den lettre d'avis zu seiner Kenntnis zu bringen¹²³⁾.

4. Die Lieferung der Effekten durch den Börsenmakler

Der verkaufende Börsenmakler ist verpflichtet, die Effekten vor dem 13. Börsentag nach Erhalt des Kommissionsauftrages an den kaufenden Börsenmakler zu liefern¹²⁴⁾. Dieser hat sie innerhalb von 24 Stunden an seinen Auftraggeber weiterzuleiten.

Kommt der agent de change mit der Lieferung der Effekten in Verzug, so kann der Kunde vom Börsenmakler Schadenersatz verlangen, falls der Kurs der Effekten inzwischen gestiegen ist.

Liefert der verkaufende Börsenmakler an seinen Kollegen gestohlene Wertpapiere, so hängt seine Haftung davon ab, ob die Nummern der abhandlungskommenen Inhaberpapiere bereits in dem "Bulletin officiel des oppositions"¹²⁵⁾ veröffentlicht wurden oder nicht. Erfolgte die Lieferung vor der Veröffentlichung, so wird der verkaufende Börsenmakler von einer weiteren Lieferung der Wertpapiere der gleichen Art befreit¹²⁶⁾; erfolgte die Lieferung der Effekten nach der Veröffentlichung, so ist der Verkauf gegenüber dem wahren Berechtigten unwirksam; der verkaufende Börsenmakler ist,

123) Seine, 28.11.1905 dr. fin. 1906.566; Lyon, 6.6.1919
dr. fin. 1920.230; pour le cas d'un client de passage:
Lyon, 23.2.1905 dr. fin. 1906.20;

124) Juriscl. Banque et Bourse, fasc. 15, note 3;

125) siehe Seite 7;

126) Juriscl., a.a.O., fasc. 15, note 19;

unabhängig von eventuellen Schadenersatzforderungen, nach art.48 des Dekrets vom 7.10.1890 verpflichtet, dem kaufenden Börsenmakler Wertpapiere der gleichen Art zu liefern. Der Börsenmakler kann nach art.1382 code civil vom nichtberechtigten Auftraggeber Schadenersatz verlangen, falls ihm durch die Neulieferung der Effekten eine Vermögenseinbusse entstanden ist¹²⁷⁾. Art. 48 des obengenannten Dekrets greift jedoch nicht ein, wenn es sich um ausländische Effekten handelt, gegen die im Ursprungsland oder im sonstigen Ausland ein Aufgebotsverfahren durchgeführt worden ist. Auch wenn die Nummern der Effekten in einem entsprechenden Bulletin des oppositions veröffentlicht sind, trifft den Börsenmakler keine Haftung. Er ist lediglich verpflichtet, dem Käufer den Namen des Verkäufers mitzuteilen¹²⁸⁾. Der Käufer kann dann nach art.1641 code civil gegenüber dem Verkäufer Schadenersatzansprüche geltend machen¹²⁹⁾.

5. Die Rechte des Börsenmaklers

Der Börsenmakler hat nach art.58 des Dekrets vom 7.10.1890 das Recht, bevor der Ausführung des Kommissionsauftrages von seinem Auftraggeber die Lieferung der Effekten bzw. deren Kaufpreis¹³⁰⁾ zu verlangen (sog. "couverture"). Hat der Auftraggeber diese Leistung nicht oder nicht vollständig erbracht und hat ihn der Börsenmakler wegen dieser

127) Paris, 28.2.1885 D.P. 86.2.118; Seine, 22.6.1922 dr. fin. 1922.491; Marseille, 17.3.1925 dr. fin. 1926.195; Lyon, 30.3.1933 S.1934.2.47;

128) cass. comm. 22.2.1897 D.H. 97.1.113; vgl. Juriscl. Banque et Bourse, fasc. 15, note 28; Petit, a.a.O., S.276;

129) Seine, 8.6.1904 dr. fin. 1904.342; Waldmann, S.492; Seine, 15.1.1908 dr. fin. 1908.555; Paris, 20.4.1910 dr. fin. 1911.409;

130) dabei handelt es sich um den ungefähren Kaufpreis; der endgültige Kaufpreis bestimmt sich erst an der Börse durch "Zuschreiben" von Angebot und Nachfrage;

Nichterfüllung durch Einschreibebrief gemahnt, so kann er, falls der Auftraggeber drei Tage nach Absenden des Briefes die couverture nicht erbracht hat, ohne weitere Inverzugsetzung auf Gefahr und Kosten des Auftraggebers im Falle der Verkaufskommission den Kauf von Effekten der gleichen Art, im Falle der Einkaufskommission den Verkauf der erworbenen Wertpapiere vornehmen¹³¹⁾ (art.59 des Dekrets vom 7.10.1890); diese Vorschrift ist dann anwendbar, wenn der Börsenmakler von seinem Recht der couverture keinen Gebrauch gemacht hat; auch in diesem Fall kann er die erworbenen Effekten auf Kosten des Auftraggebers verkaufen¹³²⁾. Diese Verkaufsmöglichkeit beinhaltet das jedem Kommissionär zugebilligte Pfandrecht des art.95 code de commerce, ohne dass jedoch der Börsenmakler die strengeren Vorschriften über die Verwertung des Pfandgegenstandes (art.93 code de comm.) beachten muss. Der Börsenmakler ist daher, was seine Aufwendungen betrifft, zwar nicht besser geschützt als der commissionnaire ordinaire, er kommt jedoch schneller zu seinem Recht.

Vor dem Dekret vom 7.10.1890 sah man in der Literatur¹³³⁾ in der Hingabe der couverture an den Börsenmakler eine Pfandbestellung.

131) vgl. Ripert-Roblot, note 1892; Paris, 2.2.1883 D.H. 85.2.36; für das Termingeschäft: art.61 Abs.3 Dekret vom 7.10.1890; Paris, 22.11.1973 Gaz. Pal. 1974.1.95;

132) vgl. Dalloz, agent de change, note 609;

133) Buchère, notes 66, 76, 543 und 691; Lyon-Caen-Penault, t.4, note 990;

Die Rechtsprechung¹³⁴⁾ und die Literatur¹³⁵⁾ haben in der Folgezeit diese Auffassung abgelehnt und in der couverture eine dation en paiement anticipée gesehen¹³⁶⁾. Für diese Meinung spricht, dass der Börsenmakler, ohne die 8-Tage Frist des art.93 code de comm. beachten zu müssen, die erworbenen Wertpapiere verkaufen kann.

Gegenüber dem dinglichen Herausgabeanspruch des Auftraggebers¹³⁷⁾ hat der Börsenmakler ein Zurückbehaltungsrecht nach art.95 code de comm. bezüglich der gekauften Effekten, falls der Kunde diese noch nicht bezahlt hat¹³⁸⁾; falls die Käuferbank den Kaufpreis der Effekten an den Börsenmakler nicht gezahlt hat und auch nicht zahlen wird, weil sie in Konkurs gefallen ist, so kann der Bankkunde nicht einwenden, er habe den Kaufpreis für die Effekten bereits bezahlt; die Nichtzahlung der Bank geht zu Lasten des Bankkunden und ändert nichts an dem Zurückbehaltungsrecht des Börsenmaklers¹³⁹⁾.

6. Der Konkurs des Börsenmaklers

Allein die Tatsache, dass der Börsenmakler zahlungsunfähig wird, bedeutet noch nicht, dass er

134) cass. req. 4.8.1880 D. 81.1.44; 27.11.1882 D.H.83.1.199; Seine, 2.5.1941 JCP 1941.II.1811: "Les titres au porteur remis en couverture à un banquier chargé d'exécuter des opérations de bourse ne constitue à aucun titre un gage, mais une garantie donnée à l'intermédiaire comme une somme d'argent le serait à titre de paiement anticipé des avances...";

135) vgl. Waldmann, notes 300 ff., der die couverture als einen Vertrag sui generis ansieht; vgl. Petit in Banque 1950.339;

136) Zur Rechtsnatur der dation en paiement, Dalloz, dation en paiement, notes 1-20;

137) siehe Seite 112;

138) vgl. Léauté in Hamel, a.a.O., S.225;

139) so die Rechtsprechung: Douai, 14.11.1930 dr.fin.

1930.475; Colmar, 25.11.1930 dr.fin. 1931.118; Tours, 17.6.1932 S.1932.1.183; Grenoble, 30.12.1932 dr. fin. 1933.257; Nancy, 27.2.1934 dr.fin. 1934.251;

in Konkurs fällt. Liefert der Börsenmakler dem Auftraggeber die Effekten nicht in dem vom Gesetz vorgeschriebenen Zeitraum oder zahlt er ihm nicht den Verkaufspreis der Wertpapiere, so kann der Auftraggeber nach erfolgloser Inverzugsetzung des Börsenmaklers nach art.54 bis des Dekrets vom 7.10.1890 innerhalb von 24 Stunden die Kammer für Börsenmakler in Verzug setzen¹⁴⁰⁾. Im Normalfall wird die Kammer dann den Kommissionsauftrag auf Kosten und zu Lasten des nicht leistenden Börsenmaklers ausführen; die Kammer für Börsenmakler kann die Erfüllung des Auftrages unter Mitteilung des Sachverhaltes an den Präsidenten des Handelsgerichts ablehnen¹⁴¹⁾. Sie kann die Erfüllung des Auftrages jedoch nur ablehnen, wenn die Verpflichtungen des Börsenmaklers den Betrag übersteigen, der sich aus dem Wert des gemeinsamen Fonds aller Börsenmakler und den eingegangenen Kautionsverpflichtungen ergibt¹⁴²⁾ (art.55 des Dekrets vom 7.10.1890); das Entstehen der chambre syndicale gegenüber Dritten umfasst nach art.55 des Dekrets vom 7.10.1890 i.V. mit art.1 des Dekrets vom 10.12.1958 neben der Haftung für Kommissionsgeschäfte auch die Haftung für die Geschäfte, die sich aus der Wertpapierverwahrung und aus den Geldeinlagen ergeben. In der Vergangenheit hat die Kammer für Börsenmakler die Gläubiger nicht nur wegen der Verbindlichkeiten aus Börsengeschäften befriedigt, sondern für jede Verbindlichkeit, die der Börsenmakler in Ausübung seines Berufes gemacht hatte¹⁴³⁾.

Sollten trotz dieser weitgehenden Haftung der Kammer für Börsenmakler für die Verbindlichkeiten

140) Dalloz, agent de change, note 65;

141) Dalloz, a.a.O., note 65;

142) Gavalda in Jura Europae, 30.91;

143) Dalloz, a.a.O., note 65; Seine, 9.8.1912 dr. fin.
1912.690;

eines Mitgliedes die Verbindlichkeiten des Börsenmaklers deren Haftungsrahmen sprengen, so kann der Auftraggeber gegenüber dem in Konkurs gefallenen Börsenmakler den Aussonderungsanspruch nach art.65 des Gesetzes vom 13.7.1967 geltend machen.

7. Der Bereicherungsanspruch des Auftraggebers gegenüber dem Pfuschkakler

Beauftragt der Kunde eine andere Person als den zur Börse zugelassenen Makler mit dem Kauf bzw. Verkauf der Effekten, so sind sowohl der Kommissionsauftrag als auch der zwischen den Börsenmaklern abgeschlossene Kaufvertrag nach art.76 code de comm. i.V. mit art.18 des Gesetzes vom 18.7.1961 nichtig¹⁴⁴⁾. Aufgrund der Nichtigkeit des Effektenauftrages hat der Auftraggeber grundsätzlich einen Bereicherungsanspruch (répétition de l'indu¹⁴⁵⁾) nach art.1376 code civil i.V. mit art.1235 Abs.1 code civil auf Herausgabe der gekauften Effekten bzw. des Verkaufspreises¹⁴⁶⁾. Voraussetzung dafür ist, dass der Auftraggeber bei der Beauftragung der "personne non qualifiée" davon ausging, dass es sich bei dem Auftragnehmer um einen Börsenmakler handelte. War der Auftraggeber dagegen bezüglich der Person des Auftragneh-

144) art. 18 des Ges. vom 18.7.1961: "Sont nulles toutes négociations de valeurs mobilières faites par des intermédiaires sans qualité"; vgl. cass. req. 9.12.1895 D.P. 97.1.177 note Pic; cass. 1.3.1897 D.P. 97.1.411; cass. 7.11.1898 D.P. 1903.1.233 note Pic; cass. 21.7.1920 D.P. 1921.1.137 note Lacour Paris, 25.5.1928 dr.fin. 1928.442;

145) Nach dem Wortlaut des art.1376 code civil hat nur derjenige einen Bereicherungsanspruch, wenn er bei Bestehen einer Schuld an einen Nichtgläubiger geleistet hat (vgl. Ferid, 2 L 4); die Verbindung von art.1376 und 1235 I code civil ermöglicht die répétition de l'indu auch bei objektivem Mangel der Schuld (Ferid, 2 L 6);

146) cass. 13.3.1889 dr. fin. 1889.174; cass.11.11.1891 dr. fin. 1892.187; Paris, 17.6.1893 dr. fin. 1893.445;

mers bösgläubig, so kann er den Bereicherungsanspruch nicht geltend machen¹⁴⁷⁾. In diesem Falle kann er nur die couverture¹⁴⁸⁾ d.h. die Anzahl der Effekten bzw. den Geldbetrag, den er dem vermeintlichen Börsenmakler als Vorschuss für den Kommissionsauftrag bereits geleistet hat, herausverlangen. Die Bösgläubigkeit des Auftraggebers, d.h. dessen Kenntnis davon, dass es sich bei dem Beauftragten nicht um einen Börsenmakler handelt¹⁴⁹⁾, genügt nach Auffassung der Rechtsprechung allein noch nicht, um dem Auftraggeber den Bereicherungsanspruch bezüglich der couverture¹⁵⁰⁾ zu verweigern. Der Auftraggeber kann jedoch die dem "falschen" Börsenmakler vor Ausführung des Auftrages erbrachten Leistungen dann nicht mehr nach art.1376 i.V. mit art.1235 Abs.1 code civil zurückfordern, wenn der Auftraggeber nach Ausführung des unwirksamen Effektenauftrages dem Auftragnehmer Leistungen erbracht hat, die ein "règlement définitif" der "Forderungen" des Auftragnehmers darstellt¹⁵¹⁾. Hat der Kunde einem Börsenmakler

147) vgl. cass. 22.4.1885 und 29.8.1885 dr. fin. 1896.168; cass. 16.1.1905 S.1905.1.391; cass. 9.2.1910 dr. fin. 1911.264; Paris, 20.6.1918 dr. fin. 1918.188;

148) bei Termingeschäften ist der Börsenmakler nach art.61 des Dekrets vom 7.10.1890 verpflichtet, die couverture von dem Auftraggeber zu verlangen;

149) Anm. zu 20.10.1902 D.P. 1904.1.86: "Toutefois, en ce qui concerne le donneur d'ordre, l'action en répétition n'est interdite qu'autant qu'il a connu le vice...";

150) vgl. Paris, 8.11.1911 dr. fin. 1911.213 et note; Pic in Anm. zu 9.12.1895 D.P. 97.1.177 (180): "...que la remise d'une couverture, même faite en parfaite connaissance de cause ne suffit pas à écarter l'action en répétition et que celle-ci ne saurait être refusée qu'en présence d'un règlement définitif, c'est à dire un paiement ou d'un acte équipollent, postérieur à l'exécution des actes, impliquant, de la part du client, dessaisissement complet et irrévocable, des valeurs par lui remise à titre de couverture"; vgl. Niederländer in FS Gutzwiller, S.634;

151) cass. 6.2.1892 D.P. 92.1.294; cass. 9.12.1895 D.P. 97.1.177; cass. 6.1.1914 D.P. 1914.1.13 note Chéron; vgl. Juriscl. comm. art.76, fasc. A, note 25; Ferid, 2 L 6, S.806; Niederländer, a.a.O., S.633;

z.B. zum Kauf von Effekten im Rahmen eines Termingeschäftes Geld vorgeschossen, und stellt sich heraus, dass dieser Vorschuss (couverture) nach Abschluss des Kaufes nicht ausreichend war, so hat der Börsenmakler gegenüber dem Kunden einen Anspruch auf Zahlung der Differenz. Zahlt der Auftraggeber der "personne non qualifiée" in Kenntnis¹⁵²⁾ dieser mangelnden Qualifizierung und der daraus folgenden Nichtigkeit des Kommissionsauftrages trotzdem den fehlenden Betrag, so stellt diese Leistung ein "règlement définitif" des Kommissionsauftrages dar. In diesem Fall ist nach Auffassung der Rechtsprechung eine Rückforderung der couverture nach Bereicherungsgrundsätzen nicht mehr zulässig¹⁵³⁾. Die dogmatische Einordnung ist mangels einer einheitlichen Rechtsprechung schwierig. Das französische Recht kennt zwar den Grundsatz "nemo auditur propriam turpitudinem allegans", die Rechtsprechung wendet ihn in der Regel jedoch nur bei Verträgen mit unmoralischem Charakter¹⁵⁴⁾, nicht aber bei blosser Gesetzeswidrigkeit¹⁵⁵⁾, an. Obwohl die französische Gesetzgebung durch art.1 des Gesetzes vom 28.3.1885 die bis dahin verbotenen Börsentermingeschäfte als legal bezeichnet hat¹⁵⁶⁾, bezieht sich die Rechtsprechung auch nach diesem Zeitpunkt zur Begründung der Versagung des Bereicherungsanspruchs auf die Vorschrift des art.1967 code civil¹⁵⁷⁾; die Verweisung auf art.1967 code civil wird damit begründet, dass die Börsengeschäfte der Nichtmakler

152) vgl. cass. 20.7.1892 D.P. 92.1.294;

153) siehe Anm. 150, Seite 116;

154) zum Begriff des sittenwidrigen Rechtsgrundes: vgl. Ferid, 1 E 251 (cause immorale); Mazeaud, t.2, S.638;

155) vgl. Niederländer, a.a.O., S.631;

156) vgl. Aerman, S.199;

157) art. 1967 code civil: "Dans aucun cas le perdant peut répéter ce qu'il a volontairement payé à moins qu'il n'y ait de la part du gagnant vol, supercherie ou escroquerie";

aleatorischen Charakter hätten und daher die Vorschriften über Spiel und Wette anwendbar seien¹⁵⁸⁾. Der Anwendung des art.1967 code civil liegt der gleiche Rechtsgedanke wie der bei der Begründung des règlement définitif zugrunde, nämlich, dass derjenige, der in Kenntnis der personne non qualifiée (z.B. coullissier) freiwillig eine Leistung erbringt¹⁵⁹⁾, seinen Bereicherungsanspruch bezüglich der couverture verwirkt hat¹⁶⁰⁾. Sieht man in der "couverture" wie ein Teil der Rechtsprechung eine stillschweigende Pfandbestellung¹⁶¹⁾, so kann die Versagung des Bereicherungsanspruches aufgrund des règlement définitif erst nach Ausführung des Effektenauftrages eintreten. Anders ist die Rechtslage, wenn man, wie ein anderer Teil der Rechtsprechung¹⁶²⁾, die Hingabe der couverture als ein paiement anticipé ansieht¹⁶³⁾. Sieht man in der Hingabe der Effekten bzw. des Geldvorschusses eine dation en paiement anticipé, so liegt bereits im Zeitpunkt der Übergabe der couverture ein règlement définitif vor, der den Bereicherungsanspruch des Auftraggebers gegenüber dem Nichtmakler von vornherein ausschliesst¹⁶⁴⁾. Gegen die Auffassung, dass bereits in der Übergabe

158) Pic in Anm. zu 9.12.1885 D.P. 97.1.177 (179); Niederländer, a.a.O., S.634; Ferid, 2 K 43 + 45; 2 L 6, S.806, Fussn. 20;

159) Juriscl. comm. art. 76, fasc. A, note 27; Wahl in Anm. zu 31.5.1897 D.P. 1898.1.497;

160) Obwohl nirgends erwähnt, klingt in allen Entscheidungen der Rechtsprechung der Grundsatz des venire contra factum proprium an.

161) siehe Seite 118; vgl. Aerman, S.205 m.w.H.;

162) cass. 4.8.1880 D.P. 81.113; cass. 27.11.1882 D.P. 83.1.199; cass. 31.5.1897 D.P. 97.1.552; cass. 14.12.1921 D.P. 1922.1; Paris, 2.1.1935 dr. fin. 1936.21; Paris, 16.4.1947 Gaz. Pal. 1947.2.113 et note;

163) vgl. Chéron in Anm. zu 6.1.1913 D.P. 1914.1.13 (14);

164) Juriscl. comm. art.76, fasc. A, note 31; Pic in Anm. zu D.P. 97.1.177 (181): "Il y a dation en paiement équivalent à paiement et on se trouve incontestablement en présence d'un règlement volontaire et définitif"; vgl. Anm. zu Paris, 8.3.1911 dr. fin. 1911.213: "Le paiement anticipé avait le même effet qu'un paiement postérieur à l'opération";

der couverture ein règlement définitif zu sehen sei, sprechen zwei Argumente. Die Definition des règlement définitif beinhaltet eine freiwillige Leistung des Auftraggebers. Nach art.61 des Dekrets vom 7.10.1890 ist der Auftraggeber bei Börsentermingeschäften verpflichtet, die couverture zu leisten¹⁶⁵⁾. Ferner würde nach der Auffassung von der Lehre der dation en paiement der Auftragnehmer Eigentümer¹⁶⁶⁾ der Effekten. Dies widerspricht jedoch eindeutig der Rechtslage bei der Effektenkommission, wonach der Kommissionär zu keinem Zeitpunkt Eigentümer der Effekten ist¹⁶⁷⁾.

IV. Das Reportgeschäft

Der Report ist ein Börsentermingeschäft mit der Besonderheit, dass am Fälligkeitstag (jour de Liquidation) der Verkäufer (reporteur) bzw. der Käufer (reporté) seine Verkaufs- bzw. Kaufposition um jeweils einen Monat verlängern kann¹⁶⁸⁾. Während bei Kassageschäften Lieferung und Bezahlung der Effekten am gleichen Tag zu erfolgen hat, werden Börsentermingeschäfte nur einmal im Monat zu einem vorher bestimmten Tag, dem jour de liquidation, dem siebttletzten Börsentag eines jeden Monats, abgeschlossen¹⁶⁹⁾. Zwar können an jedem Tag Effekten gekauft und verkauft werden, die Auftragsabrechnung erfolgt jedoch nur einmal im Monat,

165) Diese Verpflichtung besteht seit der Änderung des Dekrets vom 7.10.1890 durch Dekrete vom 30.10.1961 und 3.1.1968;

166) Mazeaud, t.2, note 896; Paris, 16.4.1947 Gaz. Pal. 1947.2.113;

167) so wohl Ripert-Roblot, note 1884;

168) Ripert-Roblot, note 1904: "Le vendeur ou l'acquéreur peuvent demander à se faire reporter, c'est à dire renvoyer le règlement à la prochaine liquidation"; vgl. Rodière-Houin, note 406 S.375; Gavalda in Ann. zu cass. comm. 6.7.1964 J.C.P. 1966.II.74024; Juglart-Ippolito, t.4, note 1837; Haour, S.164 ff.; Lavantal-Perquel, note 80, S.62;

169) vgl. David in RDC 1965.287 (304);

am jour de liquidation. Der Kunde hat dem Börsenmakler bei Auftragserteilung beim Kauf von Effekten 20% des Kaufpreises, beim Verkauf der Effekten 40% in Wertpapieren zu leisten.

1. Beispiel :

A hat am 23.10.1975 50 Aktien zum Kurs von 100 FF mit Fälligkeitstermin zum 21.11.1975 gekauft. Am 21.11.1975 beträgt der Aktienkurs 90 FF; um den Verlust von 500 FF zu vermeiden, verlängert A die Laufzeit des Börsentermingeschäftes d.h. er beauftragt einen Börsenmakler, die Effekten im Kassageschäft zu verkaufen und gleichzeitig die gleiche Art von Wertpapieren im Börsenterminhandel zum nächsten Fälligkeitstermin zu kaufen. Kauft A die Effekten einschliesslich Maklergebühren und Reportsatz zu einem Kurs von 91 FF und beträgt der Börsenkurs am 21.12.1975 105 FF, so hat A, falls er die Effekten im Kassageschäft zum Kurs von 105 FF verkauft, dank des "report" 4 FF je Aktie gewonnen.

2. Beispiel :

B verkauft im Rahmen eines Börsentermingeschäftes am 23.10.1975 50 Aktien zum Kurs von 100 FF je Aktie. Am jour de liquidation, am 21.11.1975, beträgt der Aktienkurs 110 FF. B muss, wenn er nicht über die entsprechende Anzahl der Aktien verfügt (vendeur à découvert), diese kaufen, um seine Lieferpflicht erfüllen zu können. Da er jedoch weiterhin an eine Baisse dieser Effekten glaubt, verlängert er den Fälligkeitstermin um einen Monat, indem er das Kassakaufgeschäft mit einem Verkauf der Effekten zum 21.12.1975 verbindet. Verkauft er die Effekten einschliesslich Maklergebühren und Reportsatz zum Kurs von 111 FF und ist der Kurs

am 20.12.1975 auf 90 FF gesunken, so hat der reporteur dank des Reportgeschäfts 11 FF je Aktie gewonnen.

Der Käufer hofft beim Reportgeschäft auf ein Steigen der Kurse, der Verkäufer auf eine Baisse¹⁷⁰⁾.

Am jour de liquidation hat der Kunde drei Möglichkeiten:

1. Er bezahlt die Effekten und nimmt sie in sein Portefeuille;
2. Er verkauft die im Börsentermingeschäft gekauften Wertpapiere im Kassageschäft und lässt sich den Gewinn auf seinem Depotkonto bei dem Börsenmakler gutschreiben;
3. Er verlängert die Laufzeit seiner Kaufposition um einen weiteren Monat (er reportiert);

Die Rechtsnatur des "report":

Die Rechtsnatur des report war Ende des 19. Jahrhunderts sehr umstritten. Zwei grosse Theorien standen sich gegenüber. Die einen sahen in dem report die Gewährung eines Darlehens unter gleichzeitiger Verpfändung der Effekten¹⁷¹⁾, die andere definierte den report als Verkauf im Kassageschäft in Verbindung mit einem Terminkauf bzw. einem Kassakauf in Verbindung mit einem Verkauf auf Termin. Die cour de cassation ist dieser Auffassung in ihrer grundlegenden Entscheidung vom 1.3.1897¹⁷²⁾

170) Dabei ist der report selbst kein Spekulationsgeschäft; er verlängert lediglich die bereits begonnene Spekulation; vgl. Allix, S.61: "Le report ne constitue pas une spéculation, il sert simplement d'auxiliaire à une spéculation déjà ouverte"; vgl. Aerman, S.154; Dalloz, bourse de valeurs, note 139;

171) vgl. Dalloz, bourse de valeurs, note 143;

172) D.H. 97.1.411 concl. Desjardins, note Boistel;

gefolgt und hat ausgeführt, dass der report ein Vertrag sui generis¹⁷³⁾ mit unitarischem¹⁷⁴⁾ Charakter ist. Obwohl der Börsenmakler zwei Kaufverträge schliesst (Kauf und Verkauf der Effekten), wird das Reportgeschäft als einheitlicher Vertrag behandelt¹⁷⁵⁾. Trotz dieses unitarischen Charakters ist jedes Reportgeschäft sowohl unabhängig von dem Grundgeschäft (dem 1. Börsentermingeschäft des Käufers bzw. Verkäufers) als auch von jedem anderen vorangegangenen oder folgenden report; daraus folgt, dass bei Nichtigkeit¹⁷⁶⁾ eines report weder das Grundgeschäft¹⁷⁷⁾ noch ein weiterer report von der Nichtigkeit erfasst wird¹⁷⁸⁾. Kann- te jedoch der Auftraggeber die Nichtigkeit des Grundgeschäftes, so wird auch das Reportgeschäft von der Nichtigkeit erfasst.

Le report d'office

Da jeder report einen neuen Vertrag zwischen dem Kunden und dem Börsenmakler voraussetzt¹⁷⁹⁾, muss der Kunde gegenüber dem Börsenmakler, falls er reportieren will, seinen Willen deutlich bekunden. Wie verhält sich jedoch der Börsenmakler, falls der Auftraggeber vor dem jour de liquidation

173) vgl. auch Müller, S.113; Vasseur, t.7, S.646;

174) Der unitarische Charakter des report zeigt sich unter anderem darin, dass für ihn nur eine Steuer und nur eine Maklergebühr zu zahlen ist (vgl. Perquel-Lavantal, S.64;)

175) David, a.a.O., S.300;

176) so bei Beauftragung eines Puschmaklers, s.Seite 115 ff.;

177) cass. 6.5.1902 S.1903.1.220; Paris, 18.6.1920 D.P.

1921.2.81 note Lacour;

178) cass. 30.6.1909 S.1911.1.105 note Maquet; Douai, 6.3.1936 S.1936.2.22; Gavalda in Anm. zu cass. 6.7.1964 J.C.P.

1965.II.14024: "L'annulation de l'un des reports de la série ne vicie pas les autres reports antérieurs ou postérieurs"; contra: David, a.a.O., note 17;

179) oder zwischen Bank und Börsenmakler; um Kosten zu sparen empfiehlt es sich, direkt den Börsenmakler zu beauftragen;

keinerlei Anweisungen erteilt hat. Bei Schweigen des Kunden ist der Börsenmakler grundsätzlich berechtigt, den Kauf bzw. Verkauf der Effekten für Rechnung des Kunden vorzunehmen (art.69 des Dekrets vom 7.10.1890). In der Praxis ist diese liquidation d'office recht selten¹⁸⁰⁾; der Börsenmakler reportiert bei Schweigen des Kunden meistens für dessen Rechnung (report d'office); das Schweigen des Auftraggebers bedeutet jedoch nicht automatisch ein Einverständnis zum report d'office¹⁸¹⁾, sondern der Wille zum reportieren muss sich aus den Umständen ergeben. So liegt eine mutmassliche Einwilligung dann vor, wenn der Kunde bereits mehrere Male reportiert hat¹⁸²⁾. Dabei kann das Einverständnis des Kunden jedoch nur vermutet werden, wenn es sich bei dem Auftraggeber um einen spéculateur d'habitude handelt, eine Person, von der anzunehmen ist, dass sie mit den Börsenusancen vertraut ist¹⁸³⁾. Hat der Kunde von dem Börsenmakler eine Mitteilung über die Ausführung des report d'office erhalten und protestiert er dagegen nicht unverzüglich, so gilt der report als genehmigt¹⁸⁴⁾.

Die Eigentumsverhältnisse beim Reportgeschäft

Der reporteur (Verkäufer), der die Effekten im Kassageschäft und zum nächsten Termin verkauft, ist

180) vgl. David, a.a.O., S.294; Solus, S.115;

181) cass. comm. 6.7.1964 J.C.P. 1965.II.14024: "Normalement le client (acheteur à terme) doit opter avant la liquidation et indiquer de manière expresse à son mandataire sa volonté";

182) Rennes, 10.7.1907 D.P. 1908.2.47; Aerman, S.215;

183) cass. comm. 6.7.1964, a.a.O.,: "...d'après les usages de la place de Paris, que dans le cas où il (agent de change) n'a pas reçu avant la liquidation ordre de lever les titres ou de contre-opérer, le mandataire peut d'office reporter la position de son client"; vgl. auch cass. comm. 9.1.1956 Bull. civ. III Nr.17;

184) Dalloz, bourse de valeurs, note 147;

bis zu diesem Termin Eigentümer¹⁸⁵⁾ der Effekten. Ist der reporteur im Zeitpunkt des Reportgeschäftes im Besitz der Effekten, so kann er sie, da Eigentümer und nicht nur détenteur précaire, während des report veräußern; er ist lediglich nach art.46 des Dekrets vom 7.10.1890 verpflichtet, am Fälligkeitstag dem reporté Effekten gleicher Art zu liefern. Die Eigentümerstellung ist jedoch während des report eingeschränkt¹⁸⁶⁾. So kann der reporteur, obwohl Eigentümer der Effekten, keine neuen Aktien bei Kapitalerhöhung der Gesellschaft erwerben; ferner ist es ihm nicht gestattet, während des report Dividendenscheine in Empfang zu nehmen. Dieses Recht steht mit Abschluss des report dem Käufer zu. Der reporteur bleibt während des Reportgeschäftes Eigentümer der Wertpapiere, seine Rechte sind aber mit Rücksicht auf die künftige Eigentümerstellung des reporté eingeschränkt¹⁸⁷⁾.

Da die Lieferung der Effekten meistens im stückelosen Verkehr erfolgt, geht das Eigentum an den Wertpapieren ohne Durchgangseigentum des Börsenmaklers in dem Augenblick auf den Käufer über, in dem die Effekten für ihn bestimmt sind¹⁸⁸⁾.

185) David, a.a.O., S.302; Paris, 23.12.1913 Gaz. trib. 1914.2.431;

186) Nach Meinung der französischen Literatur (vgl. Mazeaud, t.1, vol. 1, notes 221 ff.(1970)) und Rechtsprechung (cass. 20.4.1858 D.58.1.154; Seine, 14.3.1951 Gaz. Pal. 1951.1.384) handelt es sich bei der Eigentumsbeschränkung um eine schuldrechtliche Einschränkung, deren Verletzung den Eigentümer schadenersatzpflichtig macht, aber nichts an der freien Verfügungsmöglichkeit über das Eigentum ändert.

187) Vidalenche, S.7; man könnte hier von einem Anwartschaftsrecht des Käufers sprechen;

188) siehe Seite 98 ff;

Zweifel könnte man jedoch an der Vollständigkeit des Kaufvertrages haben¹⁸⁹⁾. Nach art.1583 code civil ist der Kaufvertrag dann perfekt, wenn sich die Parteien über den Kaufpreis und den Kaufgegenstand geeinigt haben. Der Kaufpreis wird jedoch beim Reportgeschäft durch den Liquidationskurs (cour de compensation¹⁹⁰⁾, und durch den Reportsatz bestimmt; dieser cours de compensation wird von der Kammer für Börsenmakler bestimmt; der Kaufvertrag ist jedoch auch nach art.1592 code civil dann geschlossen, wenn die Parteien einem Dritten die Bestimmung des Kaufpreises überlassen; die Kammer für Börsenmakler ist Dritte im Sinne dieser Vorschrift¹⁹¹⁾. Der Reportsatz dagegen wird an der "criée" aufgrund von Angebot und Nachfrage durch eine unbestimmte Menge all der Börsenmakler bestimmt, die an Reportgeschäften beteiligt sind¹⁹²⁾. In diesem Fall wird man nicht mehr von einem Dritten im Sinne des art.1592 code civil sprechen können. Obwohl der Kaufvertrag streng genommen nicht die Voraussetzungen des art.1583 code civil erfüllt, wird man dessen Gültigkeit jedoch aufgrund von Börsenusancen bejahen müssen.

189) David, a.a.O., S.304;

190) der cours de compensation wird von der chambre syndicale des agents de change am jour de liquidation festgesetzt und bildet in der Regel den Durchschnittskurs der letzten 10 Notierungen des Tages (vgl. Allix, S.74; David, a.a.O., S.291);

191) David, a.a.O., S. 304;

192) Die Reportsatzfestsetzung erfolgt durch Zuschreiben von Angebot und Nachfrage durch die Börsenmakler (Lexikon für Geld-Bank- und Börsenwesen, S.1335);

Zusammenfassung

Nach der heutigen Auffassung¹⁹³⁾ der französischen Rechtsprechung und Literatur ist derjenige Kommissionär, der im eigenen Namen für fremde Rechnung handelt.

Der Bankier bzw. der Börsenmakler, der für seinen Kunden Effekten kauft oder verkauft, ist ein "commissionnaire ducroire"; er haftet auch bei Nichtverschulden für die Ausführung des Effektenauftrages¹⁹⁴⁾; die Ausführungspflicht des Effektenkommissionärs (Bank) ist nicht schon mit der Übermittlung der Kauf- bzw. Verkaufsoorder an den Börsenmakler erfüllt (mandat de transmission), sondern erst mit der Lieferung der Effekten bzw. der Übergabe des Kaufpreises an den Kommittenten¹⁹⁵⁾.

Die Bank hat nach Meinung¹⁹⁶⁾ der neueren Literatur und der jüngsten Rechtsprechung bei Ausführung des Effektenauftrages gegenüber ihrem Kunden dann Beratungspflichten, wenn es sich bei diesem um eine Person handelt, die mit den Bank- und Börsen-
usancen nicht vertraut ist.

Das französische Recht kennt keine dem § 18 Abs.3 DepG vergleichbare Regelung, die den Eigentumsübergang der Effekten durch Absendung des Stückerzeichnisses an den Käufer bewirkt; der Eigentumsübergang der Effekten erfolgt ausschliesslich nach den Vorschriften des code civil. Der entscheidende Unterschied zur deutschen Effektenkommission besteht darin, dass der Einkaufskommissionär (Bank bzw.

193) siehe Seite 81 ff.;

194) siehe Seite 84 ff.;

195) siehe Seite 83 ff.;

196) siehe Seite 89 ff.;

Börsenmakler) in keinem Augenblick Eigentum an den Effekten erwirbt¹⁹⁷⁾; das Eigentum an den Wertpapieren geht ohne Zwischenerwerb der Bank auf den Käufer über; der Erwerber ist daher im Konkurs der Bank geschützt.

197) siehe Seite 97 ff. und Seite 55 ff;

Lebenslauf

9. 12. 1943 geboren in Kaiserslautern
Eltern: Hans Schmidt
 und Hertha Schmidt geb. Halbgewachs
- 1950 - 1954 Besuch der Volksschule in Kaiserslautern
- 1954 - 1965 Besuch des Staatlichen Neusprachlichen
Gymnasiums am Rittersberg in Kaiserslautern
5. 3. 1965 Abitur in Kaiserslautern
2. 5. 1965 Beginn des Studiums der Rechtswissenschaften
an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz
21. 6. 1971 Erste Juristische Staatsprüfung in Mainz
1. 11. 1971 Beginn des Juristischen Vorbereitungsdienstes
in Rheinland-Pfalz
1. 8. 1974 Zweite Juristische Staatsprüfung in Mainz
- 1974 - 1976 Aufenthalt in Paris, Dissertationsvorbereitung
und Studium der Volkswirtschaft an der Sor-
bonne
1. 11. 1976 Beginn der Tätigkeit bei einer deutschen
Großbank
8. 2. 1979 Rigorosum



